

ALEXANDRE CRUVINEL LOPES

**Uma Discussão sobre Mutação Constitucional e a Importância do Senado
Federal no âmbito do Controle Incidental de Constitucionalidade**

Brasília – DF

2013

ALEXANDRE CRUVINEL LOPES

**Uma Discussão sobre Mutação Constitucional e a Importância do Senado
Federal no âmbito do Controle Incidental de Constitucionalidade**

**Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília**

**Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide
Horbach**

Brasília – DF

2013

ALEXANDRE CRUVINEL LOPES

**Uma Discussão sobre Mutação Constitucional e a Importância do Senado
Federal no âmbito do Controle Incidental de Constitucionalidade**

**Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília**

**Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide
Horbach**

Brasília, 3 de maio de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach
Orientador

Professor Examinador

Professor Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade brasileiro, prevista no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988. Trata da resolução senatorial que suspende a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Busca expor a divergência doutrinária acerca dos efeitos e dos limites dessa resolução. Expõe os efeitos que se pretende atribuir à resolução, através do entendimento jurisprudencial do Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, no qual entende ter ocorrido uma mutação constitucional que conferiu efeito *erga omnes* à decisão incidental da Suprema Corte no controle difuso, tornando desnecessária a atuação senatorial no caso. Propõe uma reinterpretação do art. 52, X, de modo a conferir maiores poderes ao Senado Federal e limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Senado Federal. Mutação Constitucional.

ABSTRACT

This project has as its objective the participation of the Federal Senate in the control of Brazilian constitutionality as previewed in Article 52, X, of the 1988 Federal Constitution. Specifically, the project will analyze the senate resolution that suspends the execution of a law declared unconstitutional by the definitive decision of the Federal Supreme Court as the seat of diffused control of constitutionality. It seeks to expose the doctrinal divergence regarding the effects and limits of this resolution. Also exposed are the effects intended to be attributed to the resolution by means of the jurisprudential understanding of Minister Gilmar Mendes in judgment of Complaint 4.335-5/AC, where it was understood that a constitutional mutation had conferred an *erga omnes* effect to the incidental Supreme Court decision regarding diffused control, causing the senate action in the case to be unnecessary. This study proposes a reinterpretation of Article 52, X in a way that confers greater powers on the Federal Senate and limits the action of the Federal Supreme Court.

Key Words: Constitutional Law. Control of Constitutionality. Federal Senate. Constitutional Mutation.

SUMÁRIO

Introdução	6
1 Considerações Preliminares e Históricas	8
2 Divergências Doutrinárias sobre a Suspensão da Lei pelo Senado Federal	14
2.1 Discricionariedade e Efeito Substancial ou Vinculação e Instrumento de Publicidade	16
2.2 Plano da Validade e Plano da Eficácia: uma Discussão sobre os Efeitos Temporais da Resolução do Senado Federal	24
2.3 Possibilidade de Revogação da Resolução do Senado Federal	34
2.4 A Expressão Constitucional “no todo ou em parte”	39
3 Objetivação do Controle Difuso	41
3.1 Proposta de Mutação Constitucional do art. 52, X	48
3.2 Nova Proposta de Construção Constitucional para limitar os poderes do STF	57
Conclusão	63
Referências	67

Introdução

O controle de constitucionalidade brasileiro tem se aperfeiçoado a cada dia. A Constituição de 1891 implantou o modelo difuso de controle no Brasil. Já em 1934, atribui-se ao Senado Federal a competência para suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Judiciário. Em 1965, a EC 16/65 ampliou sobremaneira a competência da Suprema Corte, permitindo que ela declarasse a inconstitucionalidade em abstrato de leis e atos normativos infraconstitucionais.

Contudo, a maior evolução do controle de constitucionalidade se deu a partir da Constituição Federal de 1988. O rol de legitimados para propor uma ação direta foi significativamente ampliado, criou-se novas ações para o controle concentrado – a ação declaratória de constitucionalidade, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental –, novos métodos de hermenêutica foram desenvolvidos para solucionar as questões constitucionais – como a interpretação conforme a constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, etc. –, elaboraram-se novos instrumentos jurídicos que conferiram maiores poderes ao Judiciário, sobretudo à Suprema Corte, como as súmulas vinculantes, a flexibilização da cláusula da reserva de plenário, entre outras.

Esse aumento excessivo do poder do Judiciário é, contudo, bastante temerário. Chegou-se a um ponto em que se discute se a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso teria os mesmos efeitos da decisão proferida pelo mesmo Tribunal no controle concentrado.

O relator da Reclamação 4.335-5/AC, Ministro Gilmar Mendes, defendendo o empoderamento do Poder Judiciário, proferiu seu voto no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Corte, seja no controle abstrato, seja no controle concreto, tem efeito vinculante e *erga omnes*. Como consequência desse raciocínio, entendeu o Ministro que houve uma mutação constitucional sobre o art. 52, X, CF/88, de modo que a resolução do Senado Federal que suspende a execução de lei declarada inconstitucional não possui mais efeito substancial, devendo ser considerada mero instrumento de publicidade das decisões pretorianas.

Será demonstrado, no presente trabalho, que tal entendimento não deve prevalecer, pois vai de encontro às regras do controle de constitucionalidade brasileiro, ao princípio democrático e ao princípio da separação dos poderes. A Suprema Corte estaria, caso esse entendimento fosse adotado, invadindo a competência do poder constituinte e subvertendo o texto constitucional, ao invés de protegê-lo.

Destarte, a competência constitucional do Senado definida no art. 52, X, deve ser respeitada pelos poderes constituídos, como corolário do princípio dos freios e contrapesos. A princípio, o presente trabalho expõe o contexto histórico que motivou a criação desse instituto. Após, aborda-se a natureza e os efeitos da resolução senatorial, ressaltando-se a divergência doutrinária sobre o assunto.

Em seguida, o trabalho trata da questão da objetivação do controle difuso, que serviu de argumento para que o Ministro Gilmar Mendes propusesse a mutação constitucional que descaracteriza a competência do Senado Federal prevista na Constituição de 1988.

Por fim, propõe-se uma mutação constitucional no sentido inverso ao proposto pelo Ministro Gilmar Mendes. Ao invés de desprover a resolução da Câmara Alta de qualquer conteúdo substancial, buscou-se defender que lhe devem ser atribuídos efeitos mais amplos, inclusive retroativos, de modo a aumentar os poderes do Legislativo em contraponto ao – já exacerbado – poder do Judiciário.

1 Considerações Preliminares e Históricas

Em 1889, o Brasil rompeu com a monarquia e, em 1891, promulgou a primeira Constituição republicana e democrática do país. Foi, também, a primeira Constituição a estabelecer bases para o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis – apesar de o Decreto 848, de 1890, ter sido a norma que propriamente criou este instituto no Brasil –, inclusive com a instituição de um Tribunal Supremo. Sérgio Resende de Barros considerou, em que pese às críticas a este posicionamento, que, já nessa época, tratava-se da criação de uma Corte Constitucional¹, pois cabia ao STF dizer a última palavra em questões constitucionais².

Influenciada pelo espírito democrático em questão, a Constituição adotou o modelo difuso de controle de constitucionalidade, no qual todos os órgãos do Poder Judiciário poderiam aferir, incidentalmente, a constitucionalidade das leis, sem privilégios, salvo o respeito à própria hierarquia do Poder e a competência terminante do Pretório Excelso. Assim, no contexto do desígnio republicano, caberia ao livre convencimento dos juízes a verificação de constitucionalidade das normas infraconstitucionais³.

Portanto, o controle de constitucionalidade no Brasil, posto que cópia do modelo norte-americano, foi obra de construção constitucional, e não obra da jurisprudência, tal qual naquele país. Lá vigora o *stare decisis*, que confere força de lei às decisões judiciais,

¹ Consideramos, no entanto, que, nessa época, ainda não se podia falar em Corte Constitucional, mas apenas em Suprema Corte, uma vez que o STF exercia a atribuição de instância recursal. Não havia, no Brasil, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade, nos moldes europeus, motivo pelo qual não poderia ser considerado um Tribunal Constitucional. Mesmo nos dias atuais, paira certa divergência sobre o assunto. Alguns autores dizem que, mesmo o STF tendo competência para declarar em tese a inconstitucionalidade de leis, ele não seria uma autêntica Corte Constitucional, pois: *a)* pertence ao Poder Judiciário; *b)* seus membros são vitalícios e nomeados apenas pelo Executivo, com uma participação mínima do Legislativo; e *c)* acumula, além do controle abstrato das leis, a função de Corte de Apelação e, em alguns casos, de instância ordinária. Desse modo, segundo a doutrina, “trata-se, assim de um sistema diferenciado e complexo, com peculiaridades próprias, formando um terceiro modelo com natureza político-institucional autônoma”. (ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. **O Supremo Tribunal Federal tem natureza de corte constitucional?**, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10818&-revista_caderno=9>. Acesso em 20 mar. 201).

² BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012.

³ Ibidem.

sobretudo às da Suprema Corte Americana, decorrente do sistema jurídico anglo-saxão adotado, de índole marcadamente jurisprudencial⁴.

Desse modo, o princípio do *stare decisis et non quieta movere* – o que está pacífico não deve ser movido, mais precisamente com relação às decisões da Suprema Corte americana, cujas decisões possuem efeitos vinculantes e consubstanciam “a última e definitiva palavra a respeito de questões constitucionais”⁵ –, típico desse sistema, confere estabilidade ao controle difuso de constitucionalidade, prescindindo de maiores lucubrações⁶. Isto porque a norma declarada inconstitucional pela Suprema Corte, ainda que existente no ordenamento jurídico, “se transforma em uma normativa morta, despida de eficácia jurídica”⁷.

O mesmo não se pode falar do Brasil, que tem suas raízes no direito romano-germânico. Não se admite aqui “tal rigidez de jurisprudência, mesmo no topo constitucional”⁸. Ainda que fortemente influenciado pelo sistema jurídico norte-americano, tendo inclusive adotado a *judicial review*⁹ – “pois incumbe ao judiciário dar a última palavra em questões de natureza constitucional”¹⁰ –, neste país não vigora o *stare decisis*¹¹, tanto que se conferiu ampla distribuição democrática do poder de controlar a constitucionalidade das leis aos órgãos do Judiciário brasileiro, de modo que não se cabe falar – ao menos em sede de controle incidente – em “jurisprudência constitucional vinculante”¹².

Temos, portanto, que, nos Estados Unidos da América, a decisão da Corte Suprema vincula todos os juízes e tribunais daquele país, que não poderão mais aplicar uma lei por ela declarada inconstitucional. Isso minimiza a insegurança jurídica gerada ao “entregar a validade da lei a apreciações subjetivas de inconstitucionalidade, em ordem a gerar

⁴ BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012.

⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 63-66.

⁶ BARROS, Sérgio Resende de. op. cit.

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit. p. 114.

⁸ BARROS, Sérgio Resende de. op. cit.

⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. op. cit. p. 82.

¹⁰ Ibidem. p. 87.

¹¹ MARTINS, José Renato. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 92-93.

¹² BARROS, Sérgio Resende de. op. cit. Cabe ressaltar que o posicionamento do autor já não é plenamente correto nos dias atuais. Recentemente, criaram-se institutos que inovaram o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, conferindo efeito vinculante às decisões pretorianas em sede de controle difuso, como o fizeram as súmulas com efeitos vinculantes.

contradições e perplexidades”¹³. Se não fosse assim, nada impediria, pois, que um juízo afastasse a aplicação de uma lei, tida por inconstitucional, em um determinado caso e, em outro idêntico, outro juízo – ou o mesmo – aplicasse a referida norma. Pairaria ainda, sobre ela, a incerteza de restar ou não eivada de inconstitucionalidade.

Nessa linha de raciocínio, na medida em que não se aplica aqui o *stare decisis* e para evitar o problema da insegurança jurídica, é que se atribuiu ao Senado Federal, já na Carta Política de 1934, a competência para suspender a execução de norma declarada inconstitucional pelo Judiciário, pois não se poderia conferir efeito generalizante às decisões judiciais proferidas, a princípio, *inter partes*, sob pena de restar violado o princípio da separação dos Poderes¹⁴.

Essa competência foi atribuída ao Senado Federal por ter ele “a atribuição de coordenar os poderes federais entre si e, destarte, manter a continuidade administrativa e velar pela constituição”¹⁵, atuando assim como “agente interventivo normativo”¹⁶.

O escopo desse peculiar instituto não era caracterizar um sistema de controle de constitucionalidade misto – político e jurídico, pois não cabe ao Senado Federal declarar a inconstitucionalidade do ato normativo –, mas o de prevenir a multiplicação de demandas iguais, diante de todas as relações jurídicas que fossem afetadas pela norma inconstitucional, cujos titulares do direito subjetivo sentissem-se prejudicados¹⁷. Posto que não fosse a ideia criar um controle misto, é certo que o Senado Federal exercia, segundo Oswaldo Aranha,

“função complementar da atividade controladora da constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo pelo Judiciário, pois suspendia os atos, declarados por este, como írritos e nulos, na espécie *sub judice*, e que, por certo, os declararia em outros feitos iguais, que lhe viessem a ser submetidos, negando-lhes aplicação”¹⁸.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 305.

¹⁴ BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012.

¹⁵ MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2 ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 166.

¹⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 677.

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 115-116.

¹⁸ MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2 ed. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 167-168.

Quando da criação dessa fórmula jurídica, na Constituição Federal de 1934, intentou-se implantar um modelo diferente: bastaria que o STF decidisse pela constitucionalidade da lei em mais de um aresto para lhe conferir efeitos gerais. Mas prevaleceu a ideia de que o Senado, órgão responsável pela coordenação e fiscalização dos poderes, teria a competência para suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal – bastando, para isso, um único aresto¹⁹.

Sérgio Resende de Barros assevera, no que concerne ao modelo difuso, que “o Supremo Tribunal Federal é senhor da constitucionalidade e o Senado Federal é senhor da generalidade”. Isso no âmbito do controle incidental, pois, é claro que, em sede de controle concentrado, à própria decisão do STF outorga-se eficácia *erga omnes*, sendo ele, ao mesmo tempo, o senhor da constitucionalidade e da generalidade²⁰.

Por esse motivo, entende Clèmerson Clève, que não há necessidade de comunicar ao Senado Federal, para fins do art. 52, X, da CF/88, no caso de norma declarada inconstitucional em tese pelo STF pela via principal. Só seria necessária a comunicação caso a declaração de inconstitucionalidade ocorresse *incidente tantum*. Lembra o autor que há quem divirja dessa posição, como o doutrinador Paulo Luiz Neto Lôbo, para quem a comunicação deve ocorrer tanto no controle de constitucionalidade difuso, quanto no concentrado²¹.

Há autores, no entanto, que afirmavam que tal comunicação não era necessária, nem mesmo se a norma fosse declarada inconstitucional pela via incidental. Acreditamos que na Constituição de 1934 realmente não era obrigatória a comunicação da decisão pretoriana ao Senado Federal, uma vez que, nessa época, tal comunicação só poderia ser feita pelo Procurador-Geral da República²². Contudo, hodiernamente, tal comunicação se dá por ofício do próprio Tribunal Máximo, que, além de ser praxis do Tribunal, se vê obrigado a fazê-lo em

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 151.

²⁰ BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012.

²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 231.

²² MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. op. cit. p. 168.

virtude de norma interna, por ele mesmo criada: o art. 178 de seu Regimento Interno²³. Caso revogasse tal dispositivo, poder-se-ia admitir a discricionariedade da comunicação entre os Poderes. Ressalte-se, também, que o STF já se manifestou, por meio do Processo Administrativo nº 4.477, de 1972, que a comunicação deve ser feita sempre que a Corte declare a inconstitucionalidade de ato normativo²⁴.

É importante destacar que, nessa época, não havia no ordenamento jurídico pátrio a previsão de controle abstrato de constitucionalidade, mas tão-somente de controle concreto. Acreditava-se que o Judiciário só poderia decidir a inconstitucionalidade em espécie, cabendo a um órgão político decidir pela sua generalidade, com o escopo de evitar que outras pessoas recorram ao Judiciário com causas idênticas. Assim, o Senado não agiria como órgão judicante, mas como órgão político, fiscalizador e coordenador²⁵.

Era consenso, naquela época (CF/34 a CF/46), que a resolução do Senado conferia extensão aos efeitos da decisão que declarava a norma inconstitucional, e que isso importava em medida de economia processual. Deste modo, o ato senatorial conferia “caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado” – ou seja, produzia efeitos *ex tunc*, atingindo as situações já formadas durante a vigência da lei –, pois o que se pretendia era obstar a enxurrada de demandas com o mesmo pedido e/ou causa de pedir. Caso se adotasse entendimento diverso, “inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional”²⁶.

Discordando dessa posição, podemos citar Streck, Oliveira e Lima, que asseveraram “que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*”. Para eles, a atribuição de efeitos *ex tunc* à resolução senatorial

²³ Art. 178: Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do Art. 42, VII, da Constituição. (Constituição anterior).

²⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 371.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 151.

²⁶ *Ibidem*, p. 151-152.

fere os princípios fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois permite que pessoas sejam atingidas por uma decisão da qual não participaram²⁷.

Parece não ter sido essa, no entanto, a posição adotada, nessa época, pelo Supremo Tribunal Federal, para quem a suspensão da lei declarada inconstitucional torna sem efeito todo ato praticado durante sua vigência, segundo o Ministro Amaral Santos, citado por Gilmar Mendes²⁸.

Mendes, entretanto, faz algumas observações sobre esse efeito retroativo, ponderando os princípios da segurança jurídica e critérios de justiça. Para o autor, os atos praticados durante a vigência da lei inconstitucional não se desfazem automaticamente. A suspensão da lei apenas possibilita que a parte recorra ao judiciário para fins de anulação do ato naquele tempo praticado. Ademais, deve-se respeitar a coisa julgada e os prazos de prescrição e de decadência, além de se ater a qualquer tentativa de enriquecimento sem causa²⁹.

Acrescenta Mendes que a decisão do Senado era considerada discricionária, portanto política, não havendo qualquer violação constitucional caso permanecesse inerte. Mas também era essencial para conferir efeitos genéricos, caso contrário essa fórmula seria considerada letra morta na Constituição³⁰.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 7.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 153.

²⁹ Ibidem. p. 166.

³⁰ Ibidem. p. 154.

2 Divergências Doutrinárias sobre a Suspensão da Lei pelo Senado Federal

Posto que o contexto histórico e jurídico no qual este instituto nasceu permitisse afirmar, com certa margem de segurança, a finalidade e abrangência da manifestação senatorial, é certo que a evolução do Direito brasileiro não mais permite tão firme convicção.

Assim, surgiu, com o passar dos anos, intenso debate doutrinário e jurisprudencial quanto aos efeitos dessa resolução. Há quem diga que o Senado pratica ato político, conferindo eficácia *erga omnes* à decisão que possui efeito *inter partes*; ao passo que outros afirmam que este ato visa apenas conferir publicidade à decisão do Pretório, que, mesmo *incidente tantum*, teria, por si só, efeitos *erga omnes* e vinculantes³¹.

Há doutrina majoritária – praticamente predominante – quanto ao alcance subjetivo da resolução da Câmara Alta, qual seja, toda a sociedade, “partes ou não no processo, eliminando, por conseguinte, qualquer eventual possibilidade de aplicação futura do ato já reconhecido como inconstitucional”³². Assim, é aceito que “a resolução tem por objetivo possibilitar a extensão subjetiva dos efeitos do julgamento”³³. No entanto, há autores que defendem que a resolução do Senado não tem qualquer efeito substancial, sendo uma mera formalidade de publicação da decisão pretoriana.

O dilema maior exsurge, no entanto, quanto ao alcance objetivo-temporal, ou seja, se a resolução do Senado opera efeitos retrospectivos ou apenas prospectivos. É pacífico o entendimento de que a decisão do STF, em sede de controle difuso, possui efeitos *ex tunc* – conquanto este efeito já tenha sido relativizado pela jurisprudência do STF. Refere-se, aqui, à decisão em si, e não à suspensão da lei pelo Senado Federal. Desse modo, entre as partes envolvidas na lide, a decisão pretoriana de considerar a lei inconstitucional tem eficácia retroativa, vale dizer: a lei é considerada como se nunca tivesse existido³⁴. Portanto, “em sede

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 150.

³² MARTINS, José Renato. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 83-84.

³³ Ibidem. p. 92.

³⁴ Vamos reproduzir, no presente trabalho, os termos jurídicos utilizados pelos autores, com essa ressalva: quando se falar que a lei inconstitucional sequer existiu, entendemos que lei existiu, pois fora realmente promulgada, mas é inválida, por ser incompatível com a Constituição Federal. Ela não gera efeitos não pela sua inexistência, mas pela sua invalidade.

de recurso extraordinário, o efeito da decisão é *inter partes* e *ex tunc*”³⁵. Porém, tal serenidade não pode ser atribuída ao caso da mencionada competência senatorial.

A divergência incide quanto à dimensão temporal da eficácia ampla. De um lado defende-se a irretroatividade da decisão, sob o argumento de que a suspensão da eficácia da lei equivale a sua cassação ou revogação. Alegam que toda revogação tem efeito *ex nunc*, devendo-se, pois, respeitar os atos jurídicos perfeitos, os fatos consumados e os efeitos futuros de direitos adquiridos. De outro lado, afirmando-se que esta posição vai de encontro aos princípios da declaração de inconstitucionalidade³⁶, admite-se o efeito *ex tunc* da decisão senatorial. A decisão da Suprema Corte tem natureza meramente declaratória, pois a inconstitucionalidade já acompanha a norma desde seu nascimento. Portanto, não há que se falar em ato jurídico perfeito ou direito adquirido fundamentados em norma inconstitucional³⁷.

Gilmar Ferreira Mendes se posiciona de acordo com essa última corrente, pois “a própria *ratio* do dispositivo não autorizava a equiparação do ato do Senado a uma *declaração de eficácia* de caráter prospectivo”³⁸ (grifo no original). No entanto, a solução não é tão simples assim, fazendo-se necessário ressaltar a posição de outros autores.

Julgamos relevante, ainda, aproveitando o ensejo, distinguir efeitos vinculantes de eficácia *erga omnes*, termos que, por vezes, acabam sendo usados como sinônimos. Ricardo Fernandes, menciona que “o primeiro, diz respeito à obrigatoriedade de seu cumprimento, com a possibilidade de imposição de penalidades funcionais (juízes e administradores) ou políticas (agentes políticos de outro poder) pelo seu não cumprimento”³⁹. Tem o objetivo de

³⁵ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 7-8.

³⁶ Em que pese a existência de uma corrente minoritária na doutrina dispondo de modo divergente, é praticamente consensual que “a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da lei tem caráter declaratório – e não constitutivo –, limitando-se a reconhecer uma situação preexistente” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38).

³⁷ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Comentários à súmula vinculante do direito brasileiro**. Disponível em: <http://leggedistabilità2013.diritto.it/docs/29567-coment-rios-s-mula-vinculante-do>. Acesso em: 10 mar. 2013.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 151.

³⁹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. op. cit.

assegurar eficácia às decisões proferidas pelo Guardião da Constituição⁴⁰. Por eficácia *erga omnes* entende-se como aquela que deve ser seguida “por todos os órgãos do Poder Judiciário nacional na esfera federal ou estadual, bem como pela Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Sua eficácia atinge a todos, tem “força de lei” (doutrina do direito alemão). Ela só não atinge o Poder Legislativo no exercício de sua função típica – que é o de criar atos normativos primários –, conquanto o atinja na sua função atípica executiva⁴¹.

2.1 Discrecionabilidade e Efeito Substancial ou Vinculação e Instrumento de Publicidade

O Senado Federal é “órgão nacional, acima dos entes federativos”⁴², o que lhe permite exercer essa função moderadora de suspender a eficácia de qualquer ato normativo declarado inconstitucional pelo STF, seja ele federal, estadual ou municipal.

Barros afirma que não se pode olvidar da importância do Senado no sistema de controle de constitucionalidade. Este órgão sempre exerceu função moderadora, como, por exemplo, a competência prevista no art. 52, X, da Constituição Federal. Também lhe cabe a representação dos estados-membros, que são entes autônomos dentro da federação. Desse modo, tal qual órgão moderador e representante de entes autônomos que é – competências estas que não lhe podem ser usurpadas –, a atuação da Câmara Alta é discrecionária e não vinculada, pois, conforme assevera Barros, “não há moderação onde não há discricção, mas

⁴⁰ Parece lógico que se o STF declarar a inconstitucionalidade da norma no controle abstrato, ou se o Senado suspender a norma declarada inconstitucional pela Corte no controle difuso, o próprio órgão máximo do Judiciário, além dos demais Tribunais, estará vinculado a esta decisão (nesse sentido, citando Pontes de Miranda, BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 149). Poder-se-ia questionar se o Pretório também estaria vinculado se se tratasse de uma declaração de constitucionalidade da norma no controle abstrato. José Renato Martins (**O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 151-152) afirma que a doutrina diverge: há quem alegue haver coisa julgada material e não haver previsão de ação rescisória para esse caso; outros apontam que o dispositivo constitucional, ao mencionar “aos demais órgãos do Judiciário”, excluiu o STF da vinculação a sua própria decisão. Posicionamo-nos de acordo com a segunda corrente, sobretudo porque entendemos insubsistente o fundamento da primeira: no nosso sentir a declaração de constitucionalidade gera coisa julgada apenas formal, e não material (STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 13-15.), caso se se entendesse de modo diverso, estar-se-ia engessando o ordenamento pátrio e impedindo a interpretação constitucional evolutiva.

⁴¹ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Comentários à súmula vinculante do direito brasileiro**. Disponível em: <http://leggedistabilità2013.diritto.it/docs/29567-coment-rios-s-mula-vinculante-do>. Acesso em: 10 mar. 2013.

⁴² SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 240-241.

apenas vinculação” assim como “não há autonomia onde não há discricção, mas apenas vinculação”. Dizer-se que o Senado está obrigado a suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Judiciário é ferir suas funções constitucionais de moderação e de representação⁴³.

Esse mecanismo de moderação é corolário do sistema de freios e contrapesos – *checks and balances*. Por isso cabe tão somente ao Senado – e não ao STF – a competência para, no controle difuso, outorgar generalidade à decisão do Supremo Tribunal em processo subjetivo, ainda que depois de reiterados julgados idênticos, pois a “Constituição fez do Senado o senhor da generalidade e não um mero servo da corte constitucional”. Ainda assim, pode o órgão político, “no exercício de sua função moderadora, em nome dos estados-membros”, achar conveniente e oportuno manter a inconstitucionalidade da lei apenas com eficácia *inter partes*, pois a sua decisão é discricionária⁴⁴.

Assevera Clève que a competência do Senado para suspender a norma é genérica, não havendo imposição constitucional para que ele aja. Trata-se de competência política e, portanto, discricionária. Cabe a ele analisar a conveniência e a oportunidade de conferir – e quando conferir – efeitos *erga omnes* à decisão do Pretório⁴⁵.

Nesse mesmo sentido, Streck, Lima e Oliveira afirmam ser pacífico o entendimento do STF⁴⁶ de que o Senado Federal não é obrigado a suspender a eficácia da lei, sendo a sua participação no controle difuso de constitucionalidade corolário do princípio democrático, sob duas acepções: “a que parte do controle reflexo do povo na eleição de representantes dos entes federados e o trato e o equilíbrio necessários à harmonização do sistema federativo brasileiro”⁴⁷.

⁴³ BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 121-122.

⁴⁶ Conforme voto do Ministro Victor Nunes Leal, no julgamento do MS 16.512.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 13.

Ademais, não há prazo para que o Senado Federal delibere a respeito, muito menos sanção caso permaneça omissa. Portanto, “não é demais imaginar a possibilidade de o Senado manter-se inerte por anos a fio”⁴⁸. Nesse diapasão, Barroso afirma que o Senado analisa a conveniência e oportunidade de suspender a lei, uma vez que sua atuação é ato político, e que não há prazo para fazê-lo⁴⁹.

Há quem defenda que a discricionariedade da decisão do Senado não se conforma com a sua retroatividade, pois, caso o Senado demore a suspender a lei, diversos atos serão praticados ainda na sua vigência, comprometendo a segurança jurídica do ordenamento, já que poderão ser posteriormente invalidados⁵⁰.

Almeida rebate esses argumentos, alegando que uma relativa insegurança jurídica decorrente da discricionariedade é inerente ao controle de constitucionalidade, e que a Constituição Federal depositou confiança ao Senado para exercer essa função com discricionariedade. Caso ele faça mau uso dela, ferindo a razoabilidade e a segurança jurídica, estaremos diante de um grave problema institucional no órgão⁵¹.

De outro modo, não cabe ao Senado se imiscuir no mérito da decisão pretoriana. Cabe-lhe apenas o juízo de conveniência e oportunidade no que toca à amplitude dos efeitos da inconstitucionalidade – se gerais ou restritos ao âmbito particular do caso concreto. Caso decida por não expandir os efeitos da decisão para todo o território nacional, não estará convalidando a lei inconstitucional, nem fazendo juízo de mérito, ou reapreciando o julgado, muito menos invadindo a competência do Judiciário, nem rejeitando sua decisão. Trata-se apenas de uma limitação política da extensão da decisão, competência essa que lhe foi conferida constitucionalmente, coerente com sua função precípua – a de órgão político, moderador e representante dos estados-membros – e que não lhe pode ser negada⁵².

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 120.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151.

⁵⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. p. 22.

⁵¹ Ibidem. p. 17.

⁵² BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012.

Posto ser essa a corrente majoritária, a própria eficácia geral da suspensão da lei pelo Senado é causadora de embates doutrinários. Gilmar Mendes, mencionando Lúcio Bittencourt, assevera que a doutrina e a jurisprudência pátria não lograram fundamentar de modo contumaz a teoria da nulidade da lei inconstitucional, nem, conseqüentemente, a eficácia *erga omnes* (nem o efeito *ex tunc*) da declaração de inconstitucionalidade. O que ocorreu foi uma mera repetição, por parte dos constitucionalistas brasileiros, da doutrina americana, que também não “apresenta fundamento técnico, razoavelmente aceitável” para anular a lei⁵³.

Conforme já explanado, nos Estados Unidos – onde predomina a *judicial review* –, vige o instituto *stare decisis*, que, por si só, outorga efeito *erga omnes* às decisões da Suprema Corte, conquanto não extirpe a lei do ordenamento jurídico. A doutrina brasileira buscou reproduzir a teoria constitucional estadunidense, mas não se atentou à mencionada inaplicabilidade do *stare decisis* no Brasil, nem procurou outros fundamentos que justificassem a teoria da nulidade da lei⁵⁴.

O mesmo se pode falar do direito alemão, em que se criou um mecanismo para outorgar efeitos vinculantes às decisões da Corte: a *força de lei*, cujo princípio estabelecia que a sentença não se limitasse à questão julgada, mas contivesse uma proibição de reiteração, e que o Tribunal assumiria atribuições do Parlamento – ou que efetuasse uma interpretação autêntica da lei, com força de Emenda à Constituição⁵⁵.

Nessa linha de Bittencourt, Mendes defende que a interpretação conferida pela doutrina e pela jurisprudência à suspensão da lei pelo Senado, atribuindo-lhe sentido substantivo, com eficácia *erga omnes* (e efeito *ex tunc*), não se fundamenta na teoria da nulidade da lei, ao contrário, lhe vai de encontro. Posto que a “não aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais”, é certo que outorgar generalidade (e retroatividade) à declaração de inconstitucionalidade da lei significa reconhecer a sua nulidade *ipso jure*. Desse modo, conforme a teoria da nulidade da lei inconstitucional, a lei assim declarada é inexistente,

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade:** um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 159-160.

⁵⁴ Ibidem. p. 160.

⁵⁵ Ibidem. p. 167.

nunca produziu efeitos jurídicos, cabendo ao Senado tão somente conferir publicidade— sem função substantiva — à decisão do Pretório, pois descabe falar em suspender a eficácia daquilo que é nulo, ineficaz e inexistente, conquanto tenha sido diferente o significado (substancial) que a doutrina e a jurisprudência atribuíram ao ato senatorial e à decisão (com eficácia *inter partes*) do STF⁵⁶.

Nesse sentido, o Senado seria obrigado a expedir a resolução suspensiva da execução da lei. Lúcio Bittencourt, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, afirma que a atribuição do Senado não é discricionária, mas vinculada, devendo suspender a norma sempre que o STF declare a sua inconstitucionalidade em decisão definitiva. No mesmo enfoque, colacionamos a lição do autor:

“Note-se que essa suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Quer dizer, o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico”⁵⁷.

Sob essa abordagem, Mendes atribui razão à Bittencourt, quando alega ser o ato senatorial apenas um meio de conferir publicidade à decisão do STF no modelo difuso, sendo ela própria dotada de eficácia geral. Apesar de Bittencourt ter se posicionado dessa forma antes da CF/88, e, portanto, quando prevalecia entendimento diverso — que atribuía significado substancial à resolução do Senado, sob a égide da plena e rigorosa separação entre os Poderes — sua doutrina sempre foi convergente com a teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional. Não é, pois, a decisão do Senado que outorga eficácia geral, mas a própria decisão da Corte transcende às partes do processo, ela própria tem força normativa. Assim, defende Mendes que o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, mas terá o dever de dar publicidade à sentença do Pretório. Caso não publique, ainda sim a decisão do

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade:** um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 160-161.

⁵⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 42.

STF terá eficácia geral, pois a publicação não tem natureza substancial, mas apenas de tornar pública a inconstitucionalidade da lei⁵⁸.

Poderíamos ir um pouco além nessa linha de raciocínio, afirmando que a publicidade conferida pela resolução do Senado Federal tem o escopo de conferir eficácia à decisão pretoriana, que, no entanto, já teria efeito *erga omnes*. Poder-se-ia, *contrario sensu*, questionar que a decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade é declaratória e não precisa de publicação para ter eficácia. Que tal exigência seria inata dos atos administrativos, e não das decisões judiciais. Contudo, há outro exemplo de ato jurisdicional do Pretório que exige publicação para começar a produzir efeitos: trata-se da súmula com efeito vinculante⁵⁹, que, segundo o § 4º, do art. 2º, da Lei 11.417/06, necessita ser publicada no Diário de Justiça e no Diário Oficial da União⁶⁰.

Assim, fazendo-se uma analogia com o direito administrativo (ramo do direito que melhor aborda a questão da publicidade e da eficácia do ato estatal), para que “as leis, atos e contratos administrativos produzam consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros”⁶¹. Portanto a decisão do STF em sede de controle difuso possui, com fulcro na teoria das nulidades, efeito *erga omnes* e vinculante, mas como foi proferida incidentalmente, carece de um instrumento que atribua eficácia a esses efeitos perante toda a sociedade. Tal instrumento foi definido na Constituição Federal, art. 52, X, como sendo uma resolução de competência privativa do Senado Federal.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 165-166.

⁵⁹ Há quem diga que a súmula vinculante tem natureza jurídica de ato normativo, uma vez que possui as características de generalidade, abstração e cogência; nesse caso seria bastante óbvia a necessidade de publicá-la pra ter eficácia, tal como as leis em geral. Porém, segundo a doutrina majoritária, sua natureza jurídica é de ato jurisdicional, devido ao caráter inato vinculante das decisões judiciais. A esse despeito, persiste a necessidade de publicação da súmula com efeitos vinculantes, nos termos dispostos na Lei 11.417/06.

⁶⁰ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Comentários à súmula vinculante do direito brasileiro**. Disponível em: <http://leggedistabilità2013.diritto.it/docs/29567-coment-rios-s-mula-vinculante-do>. Acesso em: 10 mar. 2013. Fernandes, no intuito de reforçar a necessidade de publicação das súmulas vinculantes para que possam ter eficácia, acrescenta que “as súmulas vinculantes somente se tornam obrigatórias em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal após sua *publicação simultânea em seção especial do Diário de Justiça e Diário Oficial da União*, não suprimindo a publicação imposta pela lei a que ocorra em outro jornal ou outra seção dos Diários”.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 93.

No entanto – mesmo sugerindo uma adequação à corrente acima mencionada –, entendemos que essa posição é equivocada, pois, caso se entendesse desse modo, teríamos que admitir uma sobreposição do STF perante o Senado Federal, uma hierarquia entre esses dois órgãos. Contudo, conforme lembra Slabi Filho⁶² – que concebe a resolução do Senado como ato político e discricionário –, compete ao Senado Federal processar e julgar os Ministros da Suprema Corte, não sendo concebível que um órgão inferior julgue membros de outro superior. Ademais, é certo que o Legislativo possui mais legitimidade para defender o interesse público, pois, ressalvadas as colocações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶³, seus representantes são eleitos com base no princípio democrático, ao passo que o Judiciário é formado por uma aristocracia elitista.

Não podemos nos esquecer de que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, no qual há a “exigência democrática de participação da sociedade no processo de decisão acerca da (in)constitucionalidade de uma lei produzida pela vontade geral”, da qual surge o papel do Senado Federal de provocar “um deslocamento do polo de tensão do solipsismo das decisões do judiciário em direção da esfera pública de controle dessas decisões”⁶⁴. No anseio de proteger e guardar a Constituição, não pode o Supremo subvertê-la ou modificá-la, pois não lhe foi atribuído o poder constituinte derivado reformador, mas o foi ao Legislativo.

Ademais, a própria Câmara Alta já se manifestou, por meio do Parecer n. 154, de 1971, da Comissão de Constituição e Justiça, que incumbe ao Senado não só verificar se os requisitos constitucionais para a suspensão da lei estão presentes (decisão definitiva, declaração de inconstitucionalidade, etc.), mas também a conveniência de se suspender tal lei⁶⁵.

Almeida afirma que essa fórmula foi desenvolvida em 1934, num estágio da evolução do controle de constitucionalidade bastante insipiente, se comparado ao atual. O contexto

⁶² SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 240.

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 43. Menciona o autor que há grande descrédito da sociedade brasileira em relação a seus parlamentares, considerando o termo “político” como algo pejorativo.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 17.

⁶⁵ Conforme trecho do parecer, colacionado por Tavares (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 376).

hodierno fez com que Mendes afirmasse que a resolução do Senado tem o simples condão de conferir publicidade à decisão do STF, sem significado substancial. Acrescenta, Almeida, o fato de o Senado ter utilizado muito pouco, ou em situações pouco relevantes, o instituto, o que lhe diminui ainda mais a relevância jurídica e/ou política⁶⁶.

É certo, também, que, quando do nascimento deste instrumento jurídico de suspender-se a eficácia da lei, na CF/34, o Senado Federal possuía um poder ainda maior, porquanto poderia “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 88, CF/34)⁶⁷. Pela redação do dispositivo mencionado, a Câmara Alta poderia suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional por qualquer órgão do Poder Judiciário, mediante o controle difuso, ainda que houvesse dispositivo específico para o caso de norma declarada inconstitucional pela Suprema Corte: “quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato”⁶⁸.

Esse poder conferido ao órgão do Legislativo foi significativamente reduzido com o advento da Constituição seguinte, em 1946, conforme lembra Clève⁶⁹ “que o Senado Federal suspende a execução das leis e decretos declarados inconstitucionais por *decisão definitiva* não de qualquer juízo ou Tribunal, mas unicamente do Supremo Tribunal Federal”⁷⁰.

A despeito dessas considerações, sobretudo as do Ministro Gilmar Mendes, é certo que a Corte Máxima continua a comunicar o Senado Federal, para o disposto no inciso X do art. 52 da CF/88, e, este, continua a expedir resoluções suspendendo a eficácia de normas declaradas, *incidenter tantum*, inconstitucionais pelo STF.

⁶⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. cit. p. 21

⁶⁷ BRASIL. **Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 21 out. 2012.

⁶⁸ Ibidem. art. 96, CF/34.

⁶⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 85-87.

⁷⁰ BRASIL. **Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o46.htm>. Acesso em: 21 out. 2012. “Art. 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Temos, como exemplos de resoluções suspensivas, bastante recentes, todas de 15 de fevereiro de 2012, que suspenderam a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal: a Resolução RSF nº 1, que suspendeu a execução de um dispositivo de lei municipal (Recurso Extraordinário nº 317.574/MG); a Resolução RSF nº 3, que suspendeu dispositivo de lei estadual (Mandado de Segurança nº 28.141/MT); e a Resolução RSF nº 5, cujo teor suspende a eficácia de dispositivo de lei federal declarada inconstitucional pelo STF (Habeas Corpus nº 97.256/RS)⁷¹, dentre muitas outras.

O próprio Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal exige que seja feita a comunicação ao Senado Federal de decisões transitadas em julgado que declarem incidentalmente a inconstitucionalidade de ato normativo. Além disso, propugna a doutrina que o Senado Federal não precisa aguardar uma comunicação formal da Corte, podendo ela ser feita por outro órgão, como o Procurador-Geral da República, ou por iniciativa própria da Câmara Alta, através de projeto de resolução da Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa⁷².

2.2 Plano da Validade e Plano da Eficácia: uma Discussão sobre os Efeitos Temporais da Resolução do Senado Federal

Quando questionamos os efeitos temporais de uma lei ou decisão, estamos nos referindo à sua capacidade ou não de retroagir. Apesar de existir divergência – como quase tudo no direito – sobre o sentido da palavra retroatividade, podemos entender que “retroativas seriam apenas as leis [ou decisões] que projetam efeitos sobre o passado (efeitos pretéritos). Onde a expressão ‘retroagir’ haveria de ser aqui acolhida no seu estrito sentido linguístico de ‘agir sobre o passado’ (‘retro-agir’)”⁷³.

Em 1975, o Senador Accioly Filho, citado por Gilmar Mendes, fazendo referência às Constituições pretéritas, defendeu a tese de que a suspensão da lei pelo Senado, após o ato declaratório da Suprema Corte de sua inconstitucionalidade, é algo diferente, e até mais profundo, que a mera revogação. Esta exige a participação das duas Casas do Congresso

⁷¹ BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Resolução**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>>. Acesso em: 20 out. 2012.

⁷² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 116-117.

⁷³ CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da Retroatividade da Lei**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 255.

Nacional e a sanção do Executivo, ao passo que aquela é ato exclusivo do Senado. A suspensão, segundo o Senador, possui efeitos *ex tunc*, pois a lei inconstitucional não produz nenhum efeito, tal qual nunca houvesse existido. Acrescenta que o ato declaratório do Supremo Tribunal Federal, por si só, não tem o condão de fazer a lei desaparecer, pois ela continua produzindo efeitos fora da relação jurídica submetida a seu julgamento, sendo essencial, portanto, para extirpar a lei do ordenamento jurídico, a conjugação da vontade da Corte Superior com a da Câmara Alta⁷⁴.

Discordando dessa concepção, aparentemente consagrada pela doutrina tradicional, faz-se relevante expor o pensamento de Fernando Dias Menezes de Almeida. Afirma que, a princípio, para a maioria da doutrina, somente uma lei poderia revogar outra lei. Para isso, dependeria do mesmo procedimento legislativo – passar pelas duas Casas do Congresso e sanção presidencial. Por esse motivo, alegam esses autores, que a Constituição utilizou-se do termo “suspender”, pois o Senado se vale de ato diverso que a lei: a resolução.

Por conseguinte, para aquela maioria doutrinária (Almeida remete-se a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Pontes de Miranda, José Horácio Meirelles Teixeira e Elival da Silva Ramos), a suspensão da norma retira-lhe a eficácia – e produz efeitos *ex tunc* –, ao passo que a revogação tira-lhe a validade – com a produção de efeitos *ex nunc*.⁷⁵

Segundo o autor, a doutrina ainda se preocupa em sustentar a tese de que a suspensão opera no campo da eficácia, conquanto defendem o efeito *ex tunc* do ato do Senado. Ocorre que, para sustentar a eficácia retroativa da lei, alegam os doutrinadores que essa lei nunca existiu, não produziu efeitos válidos e que todos os atos praticados sob a sua égide são inconstitucionais. Assim, extrapolam o campo da eficácia, afirmando, na verdade, a retirada da validade da lei⁷⁶.

O autor não concorda – juntamente com Ramos e Araújo e Nunes Júnior – com essa relação necessária entre retroatividade ou irretroatividade e plano da eficácia ou da validade. Para ele, a suspensão da lei possui efeitos *ex tunc*, conquanto remeta-se ao plano da validade.

⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 152.

⁷⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. p. 16-17.

⁷⁶ Ibidem. 22.

Faz comparação com o controle concentrado, que também se refere à validade das normas e possui efeitos *ex tunc*⁷⁷.

Em sentido diverso, Nagib Slaibi Filho entende que a resolução senatorial atua no plano da eficácia, e que, por isso, opera efeitos a partir de sua publicação no Diário do Congresso Nacional. Ademais, entende o autor que isso é completamente diferente de revogação – esta atinge o plano da validade. A norma suspensa continua a valer e a existir, só perdendo a sua validade quando for revogada por outra⁷⁸.

No mesmo diapasão, André Ramos Tavares afirma que a suspensão da lei atinge-lhe apenas a eficácia, não lhe declarando a invalidade. A lei não é revogada, uma vez que apenas o órgão que criou a lei é que poderia revogá-la⁷⁹, qual seja, o Congresso Nacional, após a sanção presidencial. Assim, por óbvio, tal resolução só poderá produzir efeitos *ex nunc*, nada impedindo que o Judiciário venha a aplicar a norma em outro julgamento em relação a fatos passados, uma vez que não há decisão em sede de controle abstrato.

Outra corrente propugna que a suspensão da lei opera efeitos *ex nunc*, mas o juiz ficaria impedido de aplicar a lei suspensa, inclusive a fatos pretéritos⁸⁰, ainda que deles se originasse direitos. Explicando de outro modo: o cidadão poderia preencher os requisitos legais para adquirir determinado direito – pois a lei, em princípio, ainda é válida para a sociedade, uma vez que apenas a sua eficácia está suspensa e a declaração de inconstitucionalidade limita-se à lide subjetiva –, porém, caso fosse buscar sua concretização perante o Judiciário, este nada poderia fazer, pois não poderia aplicar uma lei cuja eficácia foi suspensa. Nessa linha de raciocínio, caso o ato se consumasse (ato jurídico perfeito), não poderia ser desfeito, pois ele não seria considerado inválido, nem os efeitos da decisão não retroagiriam para atingi-lo⁸¹.

⁷⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. p. 17.

⁷⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 240-241.

⁷⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 373.

⁸⁰ Tavares discorda dessa posição, pois afirma que o Judiciário poderá, sim, aplicar a lei suspensa a fatos pretéritos, “por pressupô-la constitucional, já que não há decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade que obrigue em sentido contrário” (Ibidem. p. 373-374).

⁸¹ Regina Maria Macedo Nery Ferrari escreveu um capítulo no livro “Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada”, coordenado por Cármen Lúcia Antunes Rocha, no qual trata do tema em questão. Para a autora, é importante distinguir se apenas a lei que o regeu foi considerada inconstitucional, ou se o próprio ato jurídico perfeito afronta a Constituição, caso em que ele mesmo será nulo

A fundamentação para essa corrente é que a suspensão da lei pelo Senado decorre diretamente da declaração de sua inconstitucionalidade por decisão definitiva do Supremo, conforme o voto do Ministro Moreira Alves, colacionado por Gilmar Mendes, para quem a atuação do Senado “é suspensão em decorrência de declaração de inconstitucionalidade, e, portanto, definitiva, razão por que a expressão mais apropriada seria a de retirada de vigência”⁸².

Nessa linha, adotando uma posição intermediária, os autores Celso Bastos e Ives Gandra Martins, mencionados por José Renato Martins, atribuem à resolução do Senado certa importância, porém aduzem ser ela despida de conteúdo material, pois o órgão legislativo estará obrigado a expedi-la sempre que se verificarem os pressupostos para tanto (atividade vinculada)⁸³. Nas palavras dos próprios autores, após fazerem um contraponto entre as duas correntes existentes, a da publicidade/vinculação e da substancialidade/discrecionalidade: “a mais correta decisão nos parece ser aquela que atribui significado ao papel do Senado, sendo este, contudo, meramente formal”⁸⁴. Podemos aferir que essa importância da resolução senatorial é justamente estender os efeitos da decisão pretoriana a toda a sociedade, caso contrário, ela só valerá para as partes. Mas, como tal resolução não possui conteúdo material – e, portanto, possui efeito *ex nunc* –, todo o conteúdo e efeitos deverão advir da própria decisão do Supremo – que, por sua vez, possui efeito *ex tunc*.

Poder-se-ia fazer uma analogia dessa corrente com decisão proferida em sede de cautelar no controle abstrato de constitucionalidade, que, em regra, surtirá efeito *ex nunc*⁸⁵, assim como a lei cuja eficácia seja suspensa pelo Senado. O objetivo é evitar que “mediante

(ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança Jurídica**: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 229-230.)

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 16-17. Contudo, pode-se deduzir do voto do Ministro que a suspensão da lei pelo Senado produz eficácia *ex tunc*.

⁸³ MARTINS, José Renato. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 96.

⁸⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 179.

⁸⁵ Ressalte-se, todavia, que o STF já admitiu alguns casos de efeito *ex tunc* à liminar, quando, por exemplo, a lei declarada inconstitucional revogava outras normas, caso em que seria um tremendo contrassenso suspender para o futuro o que foi exaurido no passado (MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 17-19). Apesar de a regra continuar sendo a eficácia *ex nunc* nas liminares, em respeito ao princípio da segurança jurídica e da presunção de constitucionalidade das leis (TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 50), há diversos julgados do STF atribuindo efeito *ex tunc* à sua decisão em sede de medida cautelar, como no julgamento da ADC 12, da ADI 3.369 e da ADI 4.565.

simples decisão de caráter provisório, pudesse o Tribunal legitimar a revisão de atos ou de procedimentos administrativos”⁸⁶. Assevera Temer que “a concessão de liminar, no caso, é exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais”, devendo-se interpretar-lhe de forma restritiva, ou seja, não lhe atribuindo amplamente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por decisão definitiva, mas efeitos limitados, condizentes com a situação excepcional⁸⁷. No entanto, não seria prudente que os tribunais ordinários dessem aplicabilidade ao dispositivo sobrestado pela liminar do STF na ação direta, ainda que em situações pretéritas que ensejaram direitos adquiridos, pois tais decisões poderiam ser posteriormente cassadas, quando se confirmasse definitivamente a inconstitucionalidade da lei pelo julgamento do mérito da ação direta, o que geraria grande instabilidade jurídica⁸⁸.

Em posicionamento contrário ao sustentado por Tavares, Almeida entende tratar-se da mesma coisa a revogação de uma lei e a sua suspensão pelo Senado. Conforme acima exposto, o autor confere efeitos *ex tunc*, resolução senatorial, tal qual se fosse revogada⁸⁹. O problema, segundo Almeida, se encontra na interpretação dada à palavra “revogação”. Determinados ramos jurídicos emprestam uma conotação técnica à palavra, como, *v.g.*, o Direito Administrativo, no qual revogar se contrapõe a anular, sendo aquele irretroativo e este retroativo. Todavia, segundo a teoria geral do Direito, revogar quer dizer “retirar a validade por meio de outra norma”. Refere-se, pois, à validade e não à eficácia. Comenta Ferraz Júnior, citado por Almeida, que nem sempre revogar significa eliminar a eficácia, e que há outros instrumentos que consumam a perda da eficácia por invalidade: a caducidade, o desuso, e o costume negativo⁹⁰.

⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 17-19.

⁸⁷ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 50.

⁸⁸ Tal justificativa, a nosso ver, não procede no âmbito da suspensão da lei pelo Senado Federal, pois, nesse caso, a lei suspensa não será submetida ao controle abstrato, não se sujeitando, desse modo, ao potencial risco de cassação das decisões das instâncias ordinárias.

⁸⁹ Não concordamos com esse posicionamento do autor, pois entendemos que a revogação da lei gera, na maioria dos casos, efeito *ex nunc*, com pequenas ressalvas, como, *v.g.*, a excepcionalidade da lei penal mais benéfica. Ademais, ousamos discordar, *data venia*, do autor, quando menciona que a revogação atinge o plano da validade. Desse assunto, contudo, trataremos a seguir.

⁹⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. p. 17.

Faz-se necessário abrir aqui um parêntese para expor algumas questões sobre o desuso e o costume negativo, também chamado de costume ab-rogatório, que para Marcelo Pêsoa tem o mesmo significado⁹¹. O desuso, segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, é uma espécie de costume *contra legem* que representa a “inobservância uniforme, constante e prolongada do texto escrito”. A doutrina majoritária, segunda a autora, entende que “a não aplicação prolongada de textos escritos não importa em revogação ou ab-rogação do mesmo, configurando, apenas, o desuso da norma que, todavia, vez que não foi revogada, poderá, a qualquer momento, ser aplicada”⁹², até mesmo por que a própria lei veda expressamente tal instituto⁹³. Assim, entendemos que a norma em desuso não perde a sua eficácia, pois a qualquer momento ela pode ser utilizada, porquanto não fora revogada.

O mesmo se diga quanto ao costume *contra constitutionem* derogatório. Apesar de não haver norma constitucional expressa vedando esse fenômeno, a doutrina lhe nega eficácia. Parte da doutrina, da corrente que nega a existência do costume constitucional, usa como fundamento o fato de a Constituição rígida prever modo expresso para reforma de seu texto. Outra parte da doutrina, que aceita o costume constitucional como forma de manifestação do poder constituinte difuso, fundamenta a mesma posição no sentido de que, “embora criado por órgãos constitucionais, o costume *contra legem* não obriga o legislador, ainda que inexistam controle ou sanção expressa para a inobservância do costume por esse poder”. A autora apresenta fundamento mais direto e coerente: a Constituição, obra de um poder superior, traduz “uma ideia de direito”, que não admite “a formação de regras, escritas ou não, contrárias à Constituição”⁹⁴.

Retomando a discussão doutrinária sobre os efeitos objetivo-temporais da resolução do Senado Federal, mencione-se o entendimento diverso, mas, segundo a linha argumentativa de Almeida, não menos incoerente, de Streck, Lima e Oliveira, no qual, além de firmarem o efeito *ex nunc* ao ato senatorial, alegam, citando Streck, que “suspender a execução da lei não pode significar retirar a eficácia da lei” – que para os autores é o mesmo que declarar a sua

⁹¹ PÊSSOA, Marcelo. **A problemática do desuso da lei**. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud7-discurso.htm>. Acesso em: 5 jan. 2013

⁹² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 180.

⁹³ Ibidem. p. 195.

⁹⁴ Ibidem. p. 194-196.

nulidade –, pois, senão, “não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso”⁹⁵.

Nesse diapasão, Almeida, assumindo que a suspensão da lei quer dizer a retirada de sua validade, entende que seria mais adequado o termo “revogar”, conforme, inclusive, fora utilizado pelo Ministro Victor Nunes Leal no MS 16.512. Retirar tão somente a eficácia da norma não condiz com a finalidade da declaração de inconstitucionalidade, que é retirá-la do mundo jurídico. Por isso deve-se entender que suspender a norma, na verdade, quer dizer revogar a norma. Revogação significa retirar a validade da norma por meio de outra norma, mas não necessariamente pela mesma espécie de norma, posto que esta seja a regra. Para Almeida, a resolução do Senado seria justamente a exceção à regra⁹⁶.

Considerando a significativa quantidade de ações incidentais de controle de constitucionalidade e de lei que são, por este meio, julgadas inconstitucionais – a despeito do deslocamento da ênfase do controle difuso para o controle concentrado, comentado por Gilmar Mendes –, Almeida argumenta que, caso seja adotada a teoria do poder revocatório da resolução senatorial desde o seu nascimento, o instituto poderia ter maior utilidade hoje. Assevera que a revogação, por retirar a validade da lei, seria fundamental para a segurança jurídica do direito pátrio e para reforçar a finalidade da decisão de inconstitucionalidade, qual seja, eliminar a norma inconstitucional do ordenamento jurídico. Teria o condão, ainda, de reforçar o princípio da celeridade processual, pois reduziria significativamente a quantidade de ações judiciais. Ademais, simplesmente conferir eficácia *erga omnes* ou efeitos vinculantes à declaração de inconstitucionalidade não é suficiente para retirar-lhe a validade jurídica, pois torná-la inválida “atinge amplamente os destinatários das normas, a cujas condutas se refiram, e não apenas os criadores e aplicadores do direito”⁹⁷.

Considera que essa é “uma fórmula que dosa, com engenho e razoabilidade, a prudência judicial com a prudência política, em uma via alternativa para a revogação das leis”. Esse método alternativo para se revogar leis contrárias à Carta Maior, por respeitar a ideia de

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 9.

⁹⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. p. 23.

⁹⁷ Ibidem. p. 21.

que revogar é retirar a validade de uma norma por meio de outra – não necessariamente da mesma espécie –, se somaria à revogação de lei pelo Congresso Nacional – com a edição de outra lei –, ou pela Corte Constitucional – através do Controle abstrato das normas –, que são “processos mais complexos, ou mais restritos em termos de legitimação para sua provocação”. Assim, esse instrumento poderia ter melhor aplicação, na medida em que faz uma moderação de valores jurídicos e políticos, além de poder ser provocado por qualquer pessoa interessada⁹⁸.

Streck, Lima e Oliveira convergem com Almeida ao aceitarem que a suspensão da lei pelo Senado é o mesmo que revogá-la. Todavia, divergem ao afirmarem que esta revogação opera efeitos *ex nunc*, ainda que isto não signifique retirar a eficácia da lei. Para eles, retirar a eficácia da lei seria o mesmo que nulificá-la, torná-la írrita (plano da validade), ao passo que revogar a lei faria com que “seus efeitos permanecessem”, referindo-se à sua vigência⁹⁹, o que não nos parece adequado à teoria dos planos da validade e da eficácia. Nesse sentido, Slaibi Filho afirma que, se a resolução do Senado Federal atuasse no campo da validade, haveria a possibilidade de repriminar a norma que foi revogada pela lei suspensa pela Câmara Alta¹⁰⁰.

Não concordamos, a princípio, com os autores quando falam que a revogação atinge o plano da validade. Achamos mais coerente a colocação de Luís Roberto Barroso, para quem “revogação consiste na retirada de uma norma do mundo jurídico, operando, portanto, no plano da existência dos atos jurídicos”¹⁰¹. No plano da validade é “onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não tem qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante”¹⁰². Na seara da Filosofia do Direito, é o plano do dever-ser, e no campo da Teoria Jurídica é a conformidade do ato jurídico (inclusive as normas jurídicas – espécie de

⁹⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. p. 21-22.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 9-11.

¹⁰⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 241.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

¹⁰² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 84.

ato jurídico *lato senso*) com o direito, seja com as disposições constitucionais, seja com normas jurídicas superiores¹⁰³.

O plano da existência é o plano do ser, não se analisa aqui a conformidade com o ordenamento jurídico, mas importa saber se o suporte fático adentrou no mundo jurídico. Luís Roberto Barroso afirma que o fenômeno da juridicização realiza essa passagem do mundo dos fatos para o mundo jurídico, “quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência”, tanto os elementos comuns (agente, objeto e forma), como os específicos para cada ato¹⁰⁴.

Assim, fazendo-se uma analogia com os exemplos de Marcos Bernardes de Mello, uma lei elaborada pelo Legislativo e promulgada pelo Executivo, respeitando-se ou não as regras constitucionais sobre o processo legislativo, é uma lei existente, pois foi transportada ao mundo jurídico. Se tal lei fosse criada pelo Judiciário, ou sem a manifestação de vontade dos parlamentares, ela nem sequer existiria¹⁰⁵. Do plano da existência decorre todas “as demais situações que podem ocorrer no mundo jurídico”, pois “o elemento existência é a base de que dependem os outros elemento”.¹⁰⁶

Há grande divergência na conceituação doutrinária de eficácia, sobretudo levando-se em conta diferentes ramos do pensamento, como a Sociologia do Direito, a Filosofia Jurídica, e a Técnica Jurídica¹⁰⁷. Adotamos aquela que afirma que “o plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficaz representado pelos direitos e deveres...”¹⁰⁸. A eficácia jurídica da norma é “a qualidade de produzir, em maior ou menor

¹⁰³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33-35.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

¹⁰⁵ Há autores, no entanto, que entendem que a falta de legitimidade do órgão para elaborar a norma torna-a inválida. Nesse sentido, Miguel Reale, citado por Carlos Henrique Bezerra Leite (LEITE, Carlos Henrique Bezerra; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio; PELÁ, Carlos. **A Validade e a Eficácia das Normas Jurídicas**. São Paulo: Manole, 2005. p. 28). O autor atribui alguns efeitos típicos da inexistência ou da ineficácia à invalidade da norma, misturando seus conceitos. Entendemos, em consonância com Barroso, que se um órgão ilegítimo editar uma lei, tal norma nem mesmo existirá, pois estará ausente um dos pressupostos essenciais para a sua entrada no mundo jurídico: a manifestação de vontade do legislador.

¹⁰⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 83.

¹⁰⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio; PELÁ, Carlos. op. cit. p. 34-40.

¹⁰⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. op. cit. p. 85.

grau, seu efeito típico, que é o de regular as situações nela indicadas”¹⁰⁹. Eficácia da lei é a sua aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade.

Afirma Mello que não há necessariamente uma relação entre validade e eficácia. Segundo o autor, “os atos nulos, de regra, não produzem sua plena eficácia”, todas as relações jurídicas que foram constituídas precisam ser desfeitas. Um ato – ou uma lei – nulo pode, no entanto, produzir o que Mello chama eficácia mínima. Exemplo disso é uma lei declarada inconstitucional pelo STF que, apesar de a teoria da nulidade pregar que dela não decorreu nenhum efeito jurídico, é certo que ela criou situações antes da declaração de inconstitucionalidade que deverão ser desconstituídas (o que, por si só, já é um efeito jurídico)¹¹⁰, além das chamadas “situações irreversíveis”¹¹¹.

Ressalvada a chamada eficácia mínima, em regra a norma declarada inconstitucional não deve ser aplicada. Isso porque, “reconhecida a invalidade, tal fato se projeta para o plano seguinte, que é o da eficácia: norma inconstitucional não deve ser aplicada”¹¹².

Ademais, há um equívoco em algumas doutrinas que tratam da teoria das nulidades, quando afirmam que uma lei nula é uma lei inexistente. A nulidade alcança o plano da validade, ou seja, a lei não está de acordo com os princípios e regras constitucionais, ao passo que a inexistência significa “não ser”. É óbvio, conforme afirmado, que se a lei não existe, não há que se fazer juízo de validade, muito menos se discutir sobre a sua produção de efeitos, pois a existência é pressuposto para os demais planos. A ideia de que nulo é o mesmo que inexistente vem do direito romano, pois *Nullus* significa nenhum. *Irritus* seria o ato existente, mas inválido. Não é essa a concepção atual. Esclarece Mello que, a despeito da grande divergência doutrinária sobre o tema, “modernamente, não se deve ter o ato jurídico inválido como inexistente, mas, sim, como existente, porém deficiente”¹¹³. Afirma ainda que “o existir independe, completamente, de que o fato jurídico seja válido ou de que seja eficaz”¹¹⁴.

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

¹¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 86.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 38.

¹¹² Ibidem. p. 36.

¹¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

¹¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da validade. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

Barroso concorda com esse raciocínio, quando afirma que

“uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é inexistente. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma inválida, por desconformidade com o regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior”¹¹⁵.

É bem provável que essa confusão ocorra em virtude das diferentes acepções do termo validade. Barroso, colacionando a lição de Miguel Reale, lembra que, do ponto de vista técnico jurídico, validade é sinônimo de vigência; sob a ótica da Sociologia Jurídica, havendo a incidência da norma sobre o fato, é chamada de eficácia ou efetividade; e no âmbito da Ética a validade é o fundamento moral da norma. O presente trabalho discute aspectos técnicos do direito, portanto nos interessa a acepção da Teoria Jurídica: validade é a conformidade do ato jurídico com o ordenamento, e a sujeição da lei aos ditames constitucionais¹¹⁶.

2.3 Possibilidade de Revogação da Resolução do Senado Federal

A princípio, seria cabível ao Senado alterar ou revogar a suspensão da lei inconstitucional. Se ele pode suspender, também poderia restituir a norma. Entretanto, Almeida refuta essa hipótese, com fundamento em diferentes argumentos. Primeiramente, porque a suspensão – revogação – da lei por ato exclusivo do Senado, por meio de resolução, é uma “exceção constitucionalmente prevista ao processo de elaboração e revogação das leis”, que, como tal, deve ser interpretada restritivamente e literalmente. A Constituição não menciona a hipótese de alteração ou revogação da resolução. Assim, após extirpar a lei do ordenamento jurídico, o Senado Federal exaure a sua competência. Caso resolvesse por restituir a lei, estaria a Casa Alta legislando, inovando o direito com norma não existente, o que extrapolaria as suas competências, uma vez que o processo legislativo deve ser exercido pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, e que deve-se respeitar as regras de competência federativa. Violaria, também, neste caso, a competência do Supremo Tribunal, a quem compete dizer a última palavra no controle de constitucionalidade, pois é ele o titular da jurisdição constitucional¹¹⁷.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

¹¹⁶ Ibidem. p. 35-36.

¹¹⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. p. 18-23.

Tavares concorda com a irreversibilidade do ato senatorial por ele mesmo, através de uma resolução revogadora da resolução suspensiva da lei. Mas admite a edição de uma nova lei com idêntico conteúdo, elaborada pelo Congresso Nacional, respeitando as regras do devido processo legislativo, o que “não equivale à cassação dos efeitos da resolução. Esta permanece, no lapso temporal que medeia entre a resolução e a nova legislação. A nova lei aplica-se apenas para os casos futuros. Não se admite a chamada convalidação da lei anterior”¹¹⁸.

Entendimento diverso é o perfilhado por Barros, para quem, na medida em que a lei continua a existir, seria possível admitir a restauração de sua executoriedade. Nem a doutrina, nem a jurisprudência tratam dessa possibilidade, conquanto a Constituição não a vede – a despeito da expressão “decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, que, na verdade, significa conclusiva, e não irreversível. Pode-se, então, cogitar casos em que haja necessidade de revogar a decisão do Senado de suspender a eficácia da lei, recobrando-lhe a eficácia em todo o território nacional, como na hipótese em que o STF tenha declarado a inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle difuso e posteriormente haja assegurado a sua constitucionalidade em ação direta, ou quando há decisões divergentes em apelo extremo. Ada Pellegrini, citada por Barros, expõe que essa situação de mudança de posicionamento sobre a constitucionalidade da norma já ocorreu perante o Supremo, sobretudo em matéria tributária¹¹⁹.

Assim, sugere o autor, poderia sobrevir Ação Declaratória de Constitucionalidade buscando a reconsideração da inconstitucionalidade declarada em Recurso Extraordinário, após a outorga da generalidade pelo Senado, com fatos e fundamentos inéditos, não considerados no julgamento incidental. Isso pode advir de mutação constitucional ou do contexto histórico, ou mesmo da natureza polêmica da questão considerada inconstitucional, o que justificaria, até mesmo, a criação da ADC. Com um detalhe importante: a ADC, *ipso jure*, possui efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, “o que tornará não só conveniente e adequada,

¹¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 374.

¹¹⁹ BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012.

mas realmente indispensável e obrigatória a edição pelo Senado de uma resolução revogando a anterior”¹²⁰.

Barros assevera que o Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, não apenas pela existência de dois modelos, pois pela interação que há entre o modelo difuso e o modelo concentrado. A revogação da resolução senatorial que suspendeu a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo STF, quando este profere nova decisão – em sede de ação direta – declarando a constitucionalidade da lei, é um dos instrumentos dessa relação interdependente entre os modelos adotados no Brasil, consentâneo com o hodierno estágio de evolução do controle de constitucionalidade e essencial ao seu enriquecimento¹²¹.

Para reforçar seus argumentos, o autor menciona Hans Kelsen, para quem “as questões constitucionais são sempre abertas a novo exame”. São decisões de natureza política, que expressam a vontade geral, no caso do controle concentrado – controle político-jurídico –, ou a vontade particular correlacionada à vontade geral, no caso do controle concreto – controle jurídico-político –; portanto, sempre reversíveis quando essa vontade sofrer alterações, porquanto, já mais, já menos, sempre político. Nesse diapasão, assevera Barros que “pode ocorrer a necessidade político-jurídica ou jurídico-política de revogar a resolução do Senado e reverter a executoriedade, restaurando a plenitude da eficácia da lei”¹²².

Ainda que não se discuta na seara doutrinária, ou que tenha surgido semelhante situação para que a jurisprudência sobre o tema se debruce, para Barros a revogabilidade do ato senatorial é lógica e coerente com o sistema difuso, ou mesmo com a interdependência existente entre o modelo difuso e o concentrado. Portanto, a menos que sobrevenha legislação proibindo expressamente a revogação da resolução, é cabível a restauração da eficácia da norma nos termos em que foi suspensa. Assegura que, no *stare decisis*, a jurisprudência cuida-

¹²⁰ BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012. Entendemos, contudo, não ser possível a manifestação da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de uma lei, após ela ter sido suspensa pelo Senado Federal. Neste mesmo sentido, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 122.

¹²¹ BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012.

¹²² Ibidem.

se de retirar e recompor a executoriedade da lei, o mesmo podendo ser feito no Brasil, sob a égide das normas que aqui vigoram: o Senado pode suspender e restituir a eficácia da lei e, consequentemente, seu efeito de generalidade¹²³.

Por fim, conclui seu raciocínio dizendo que, tanto para suspender a lei, quanto para revogar o ato de suspensão, deve haver prévia manifestação, respectivamente, pela inconstitucionalidade e constitucionalidade da lei. Somente após a declaração da Suprema Corte é que poderá o Senado agir conferindo a desejada generalidade. Contudo, para o autor, a revogação da resolução é ato vinculado do Senado Federal – diferentemente da suspensão da lei, que é ato discricionário, conforme se expôs. Isso, porque a lei declarada constitucional deve ter plena vigência, não podendo a Câmara Alta quedar-se inerte, sob pena de invadir competência do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional. Assim, finaliza dizendo que a restituição da lei não apenas é possível, mas obrigatória; e que todo esse sistema é corolário do princípio de freios e contrapesos entre os Poderes do Estado¹²⁴.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, não compartilhou desse entendimento. Esse caso de revogação, pelo Senado, de resolução que suspende a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, foi discutido quando do julgamento do MS 16.512 pela Corte, sendo o único caso da espécie. O STF declarou a inconstitucionalidade de uma lei tributária paulista (sobre locações de serviços profissionais), ao que, sendo comunicado, o Senado suspendeu-lhe a eficácia. Após Reclamação do referido estado, a Câmara Alta revogou o ato suspensivo da lei, e editou outro, restringindo o efeito *erga omnes* da inconstitucionalidade da norma aos estritos termos decididos pelo Pretório (*inter partes*), quando do julgamento do apelo extremo. Contra a resolução revogatória, impetrou-se o Mandado de Segurança, sob a alegação de que o Senado estaria usurpando a função legislativa estadual, tendo agido sem fundamento em nova decisão judicial, e que estaria revogando a decisão do Supremo, modificando o mérito da matéria decidida¹²⁵.

¹²³ BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012.

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. p. 19.

O Ministro Relator reconheceu que, apesar da imprecisão da ementa do acórdão, foi declarada a inconstitucionalidade da norma estadual. Argumenta, entretanto, que a Fazenda estadual poderia ter apresentado embargos de declaração, a fim de sanar a imprecisão da decisão, ou continuar cobrando o tributo nos casos em que entendesse não abrangidos pela inconstitucionalidade. O que não seria possível é a atuação do Senado revendo a decisão da Corte Constitucional ou suprimindo a lacuna legislativa estadual. Afirma, ainda, que a Casa Alta poderia ter pedido esclarecimentos ao STF quanto ao alcance da declaração de inconstitucionalidade; porém, após editar a resolução conferindo eficácia geral à sentença, sua função restaria exaurida, não cabendo voltar atrás na sua decisão¹²⁶.

O Ministro Victor Nunes acrescentou outros argumentos que enriqueceram o debate e confirmaram a tese dos impetrantes, conforme exposto por Almeida. A lei é ato normativo; portanto, a resolução que suspende a sua execução deve ter a mesma força normativa – eficácia geral e abstrata – que a lei suspensa. É justamente essa força normativa que falta à decisão do STF, ao fazer o controle de constitucionalidade incidental quando julga o Recurso Extraordinário, que só vale para as partes. Esse poder normativo da resolução – a que o Ministro chama de ato de revogação, corroborando a tese de Almeida – não é obstada pelo fato de ser emanada de poder diverso (que não o Congresso Nacional), porquanto tenha sido a própria Constituição a outorgar-lhe a competência para, privativamente – por meio de resolução –, suspender a eficácia da lei (aqui, mais uma vez, o Ministro chama a suspensão da lei de modo excepcional de revogação). Entretanto, a Constituição outorgou ao Senado competência apenas para suspender a lei, e não para restaurar-lhe a vigência, pois isso violaria a competência legítima para proceder ao processo legislativo (além do que a norma constitucional, por ser exceção, deve ser interpretada restritivamente). Assim, não poderia o Senado revogar sua resolução, revigorando a norma suspensa, pois só nova lei o poderia fazer e o Senado não tem “poder legislativo autônomo”¹²⁷.

Esta é a tese sustentada, também, pela doutrina majoritária. Clève acentua que o Senado Federal não pode rever a resolução suspensiva. A sua competência constitucional se exaure quando promulga a resolução, não podendo, posteriormente, sob o argumento de aprimorar a interpretação sobre a decisão do Pretório Excelso, modificar a resolução já

¹²⁶ Ibidem. p 19-20.

¹²⁷ Ibidem. p. 20.

editada. Por esse motivo, conclui que a resolução senatorial que suspende a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF é irrevogável¹²⁸.

Em que pese o STF ter se manifestado sobre o assunto, entendemos, ao menos em tese, que a questão da revogabilidade da resolução do Senado Federal, prevista no inciso X do art. 52 da Constituição Federal de 1988, seria possível, dependendo dos efeitos que a ela se atribuem. Dessa questão, trataremos em tópico próprio.

2.4 A Expressão Constitucional “no todo ou em parte”

Outro ponto abordado pelo Ministro da Suprema Corte, Victor Nunes, diz respeito à expressão “no todo ou em parte”, previsto no art. 52, X da CF/88, no qual se manifestou que essa expressão equivale à decisão do STF, e não à manifestação do Senado, sob pena de adentrar no mérito do julgado. Em outras palavras, o Supremo é que tem competência para julgar uma lei totalmente ou parcialmente inconstitucional. A suspensão da lei pelo Senado deve se dar nos exatos termos da declaração de inconstitucionalidade, nem mais, nem menos. Caso pudesse outorgar generalidade a apenas parte da decisão da Corte, poderia o Senado gerar um problema de interpretação ou uma contradição ao que foi decidido, quando, por exemplo, as partes da decisão forem indissociáveis¹²⁹.

André Ramos Tavares concorda com esse argumento, alegando que “ao Senado Federal resta assegurar-se, antes de qualquer outra providência, da exata proveniência do ofício. Confirmada a proveniência, faz-se necessário comparar seu teor com o conteúdo da real decisão no processo a que se fizer referência”¹³⁰, sendo praxe encaminhar, em anexo à comunicação, cópias do inteiro teor do acórdão e as notas taquigráficas da sessão de julgamento.

Contudo, não é esse o entendimento de parte da doutrina. Há quem diga que nada impede que o Senado Federal suspenda apenas parte de uma lei declarada inconstitucional por inteiro. Clève, mencionando Michel Temer, faz um comparativo com outro dispositivo constitucional, o art. 66, § 1º, que permite o veto parcial do Presidente da República, seja por

¹²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 120.

¹²⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, abr./jun. 2000. p. 23.

¹³⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 375.

inconstitucionalidade, seja por ser contrário ao interesse público, sobre projeto de lei aprovado pelo Congresso. A mesma discricionariedade conferida ao Chefe do Executivo deve também ser conferida ao Senado Federal, quando do exercício de sua competência constitucional esculpida no art. 52, inciso X¹³¹.

Michel Temer afirma, ainda, que “o Senado Federal não é mero chancelador das decisões da Corte Suprema”, portanto ele não ficaria adstrito à mesma extensão da declaração de inconstitucionalidade pelo STF¹³². Apesar de não ter sido essa a posição adotada pela Corte, entendemos que há três razões para adotarmos o posicionamento de Temer: *a)* a leitura gramatical do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 nos traz essa interpretação, uma vez que diz que compete ao Senado “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional...”, dando a entender, pela literalidade do dispositivo, que a suspensão pode se dar “no todo ou em parte” e não mencionando que tal suspensão deva ocorrer exatamente nos termos da decisão pretoriana (tal entendimento é um *constructo* jurisprudencial para limitar o poder da Câmara Alta)¹³³; *b)* a atuação do Senado Federal, no nosso entender, é discricionária, cabendo-lhe decidir sobre a oportunidade e conveniência de se suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso, podendo não fazê-lo, ou, nessa linha de raciocínio, fazê-lo apenas em parte; *c)* pelo entendimento aqui proposto seria mais uma forma de limitar o poder do Judiciário, à medida que empodera o Legislativo, tese esta que defenderemos em tópico próprio.

¹³¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 121.

¹³² TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p.47-49.

¹³³ Isso não quer dizer que o Senado Federal poderá suspender parte da lei não abarcada pela decisão do STF. Poderá, sim, suspender toda a parte da lei declarada inconstitucional pela Corte (expressão “no todo”), ou apenas os dispositivos que entender que devem ser suspensos, desde que compreendidos entre aqueles declarados inconstitucionais (expressão “em parte”). Destarte, a suspensão da lei pelo Senado fica limitada à decisão pretoriana, mas não precisa necessariamente ocorrer nos exatos termos daquela decisão.

3 Objetivação do Controle Difuso

Gilmar Mendes afirma que essas ponderações só são relevantes para as Constituições pretéritas, quando reinava, de modo mais rigoroso, o princípio da separação dos Poderes. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a competência do STF, como guardião último da Constituição, restou significativamente ampliada, sobretudo no que concerne ao controle abstrato de constitucionalidade, levando-o à posição de verdadeira Corte Constitucional. Às ações diretas é outorgado, desde logo, o efeito vinculante e *erga omnes*, podendo, inclusive, ser suspendida liminarmente a eficácia da lei. Ademais, se a decisão do Pretório no controle concentrado possui efeitos gerais, não há porque não atribuir, segundo Mendes, os mesmos efeitos às decisões *incidenter tantum*. Portanto, não haveria mais razão de ser do ato senatorial, porquanto o próprio aresto do STF possui os efeitos que daquele ato se espera¹³⁴.

Tal tema está sendo tratado no julgamento da Reclamação 4335-5/AC – que busca impugnar decisão de juiz de primeira instância que havia contrariado a decisão do STF em controle difuso, sob a alegação de que esta só valeria para as partes, rejeitando, assim, o pedido de progressão de regime formulado em *Habeas Corpus* –, que poderá representar um marco para novas perspectivas sobre o controle de constitucionalidade, o poder constituinte, o equilíbrio entre os poderes e o sistema federativo. O voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes, acompanhado pelo voto do Ministro Eros Grau, busca atribuir os efeitos do controle de constitucionalidade abstrato ao controle concreto, de modo que este ultrapasse os limites subjetivos da lide, alcançando a chamada eficácia *erga omnes*¹³⁵.

Um dos efeitos práticos deste novo posicionamento será o de tornar desnecessária a atuação do Senado Federal no âmbito do controle difuso, tornando-o órgão de mera publicação da decisão do Pretório. Porém, isto só seria possível, conforme defendeu o relator

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 155.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 1.

da ação, caso se perpetrasse uma nova interpretação dos dispositivos constitucionais, o que configuraria uma *mutação constitucional*¹³⁶, tema que será exposto mais a frente.

Concordando com os argumentos de Mendes, Luís Roberto Barroso, em menção expressa de sua obra afirma que “uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmo efeitos”, embora ressalte o autor que “tal solução parece esbarrar na literalidade do art. 52, X”¹³⁷.

Mendes elenca uma série de razões para fundamentar a sua tese. Afirma que o Supremo não se limita, hodiernamente, a declarar a inconstitucionalidade da lei. Criaram-se diversos métodos de hermenêutica constitucional, que inviabilizam ou dificultam a atuação do Senado nos moldes descritos na CF/88. Assim ocorre quando o STF apenas fixa a orientação constitucionalmente adequada para determinada causa, válida somente no âmbito daquela ação; ou quando é adotada uma interpretação conforme à Constituição, restringindo ou completando a literalidade de uma norma; ou ainda nos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, que não suprime a letra da lei, mas apenas parte de seu significado; e também nos casos de declaração de não recepção de lei pré-constitucional ou de rejeição da arguição de inconstitucionalidade. Ademais, o STF profere decisões em que ele mesmo atribui efeito *ex nunc*, quando entende que a situação assim o exige. Essa pronúncia de inconstitucionalidade com efeito limitado, chamada de modulação dos efeitos temporais, impede que o Senado atribua à decisão do STF efeitos gerais e retroativos, porquanto isso iria de encontro à própria decisão da Corte¹³⁸.

Streck, Lima e Oliveira rebatem o argumento de Mendes quanto à questão de o STF poder declarar a constitucionalidade da lei, e não apenas a sua inconstitucionalidade, sobretudo no que toca à interpretação conforme a Constituição. Segundo os autores “declarar a inconstitucionalidade não pode ter os mesmos efeitos de não declarar a inconstitucionalidade” (em que pese o ordenamento pátrio tenha concedido efeitos “cruzados”

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 1-2.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 155-156.

nas ações diretas). Segundo os autores, a declaração de inconstitucionalidade gera coisa julgada material, e a declaração de constitucionalidade gera coisa julgada apenas formal, uma vez que a norma poderia ser reapreciada pela Corte em outro julgado. Se a declaração de constitucionalidade gerasse coisa julgada material, o ordenamento pátrio restaria engessado, o que impediria uma “interpretação constitucional evolutiva” e “confeririam ao tribunal o poder incontrolável de decidir infalivelmente sobre a constitucionalidade da lei, tornando-o um árbitro irresponsável da vida do Estado e dono, em vez de servo, da constituição”. Esse efeito obrigatório da decisão de constitucionalidade faria com que a decisão tivesse a mesma força da Constituição, só podendo ser mudado o entendimento através de emenda constitucional¹³⁹.

Outro poder conferido – pela jurisprudência da Suprema Corte, valendo-se de interpretação teleológica do art. 97 da CF/88 – à decisão do STF, que ilide a atuação do Senado, é o da dispensa do preceito da reserva de plenário para o caso de questões já decididas pela Suprema Corte em sede de controle incidental de constitucionalidade. Assim, os órgãos fracionários dos tribunais poderiam decidir matérias constitucionais, quando ela já tiver passado pelo crivo da Corte. É que a cláusula da reserva do plenário visa obstar, como corolário do princípio da segurança jurídica, que órgãos fracionários resolvam pela primeira vez sobre matéria constitucional¹⁴⁰.

O STF outorgou significado jurídico mais substancial à declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, incidental. Com isso, o art. 97 da CF/88 – reserva de plenário – foi reinterpretado teleologicamente, buscando-se a finalidade objetiva da norma, de modo a reduzir o significado literal do dispositivo¹⁴¹. Essa nova interpretação conferiu “uma eficácia mais ampla – talvez até mesmo um certo efeito vinculante – à decisão do Plenário do Supremo Tribunal no controle incidental”¹⁴².

Assim, assevera Clève, não é necessário que haja declaração de inconstitucionalidade pela via principal, ou que o Senado Federal suspenda a eficácia da lei assim declarada pelo

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 13-15.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 156-157.

¹⁴¹ Ibidem. p. 163.

¹⁴² Ibidem. p. 165.

Supremo em sede de controle difuso, pois basta que tenha “o Plenário da Excelsa Corte declarado a inconstitucionalidade, *ainda que por uma única vez*, em sede de controle incidental”¹⁴³. Isso porque, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, citado por Clève, a declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, elide a presunção de constitucionalidade da norma, o que torna desnecessário submeter a questão constitucional ao plenário do Tribunal¹⁴⁴.

Não concordamos com o posicionamento de Mendes e de Clève de que a relativização da cláusula “reserva de plenário” obsta a atuação do Senado Federal. De fato, basta que a Suprema Corte se pronuncie uma única vez sobre a inconstitucionalidade de uma lei para quebrar-lhe a presunção de inconstitucionalidade e tornar prescindível a arguição de inconstitucionalidade pelo Plenário ou Corte Especial dos Tribunais. Contudo, tal fato não vincula a decisão das instâncias ordinárias, apenas torna dispensável o procedimento plenário. A lei continua sendo válida e produzindo seus efeitos, diferentemente do que aconteceria se o Senado Federal lhe suspendesse a execução – que, conforme a corrente que se adote, se tornará inválida ou ineficaz.

Pelos motivos apontados, Mendes afirma que descabe falar, atualmente, na necessidade de o Senado Federal intervir para conferir generalidade à declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF. Segundo ele, já não vigora mais, neste país, uma separação tão rígida entre os Poderes – princípio dos freios e contrapesos –, de modo que a própria decisão do Supremo teria aplicação para além do processo. O fortalecimento do controle abstrato das normas, inclusive com a ampliação da legitimidade ativa para a propositura da ação direta, conferiu inquestionável poder ao Supremo Tribunal, de modo que, conclui o autor, a suas decisões, desde o nascimento, são outorgados efeitos gerais e vinculantes¹⁴⁵.

Apontamos para o perigo dessa afirmação. Considerar que a declaração de inconstitucionalidade no direito difuso tem eficácia *erga omnes* pode engessar o sistema constitucional brasileiro, afora o fato de tais decisões poderem se dar por maioria apertada. Isso impediria que eventualmente o STF pudesse mudar seu entendimento sobre a

¹⁴³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 107.

¹⁴⁴ Ibidem. p. 107.

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 157-158.

constitucionalidade da norma, ou reconhecer que, mesmo excepcionalmente, a situação concreta levou àquela inconstitucionalidade. Assim, não concordando de Mendes, faz relevante expor o pensamento do Ministro Joaquim Barbosa:

“Imagino situações, mesmo que residuais, em que um caso, por suas circunstâncias próprias, suscite a declaração de inconstitucionalidade *in concreto*. E que a Corte, em casos contemporâneos àquele outro não encontre a repetição daquelas circunstâncias que levaram à declaração de inconstitucionalidade – encerrando assim a atuação da Corte. Admita-se, nesse cenário, que o Senado julgue conveniente suspender a execução da norma para que um caso isolado como o analisado pelo STF se repita. Essa hipótese, mesmo que venha a ocorrer uma vez só no futuro justifica, a meu ver, a manutenção da interpretação atual”¹⁴⁶.

É certo que essas alterações promovidas pela CF/88 acabaram por ofuscar o controle de constitucionalidade difuso ou incidental – não só por meio do apelo extremo, mas também a competência dos tribunais ordinários –, pois toda matéria constitucional tornou-se passível de apreciação pelo STF por meio de ação direta – cuja propositura cabe a amplo rol de legitimados. Assim, a despeito de o ordenamento pátrio adotar, há muito, um sistema misto (não no sentido de ser jurídico e político, mas pelo fato de haver dois modelos de controle: o difuso e o concentrado) de controle, a ênfase que era dada no controle incidental, sendo o controle concentrado esporádico, passou a residir neste último, de modo a reduzir significativamente a importância daquele¹⁴⁷.

Nesse diapasão, há autores que concordam com a posição sustentada por Mendes, como Clèmerson Clève, ao afirmar que é um anacronismo a existência desse instituto no direito brasileiro, após o advento da Carta Magna de 1988. Para o autor, ao adotar-se o controle concentrado-principal, via ação direta, transformou-se o Supremo Tribunal Federal em autêntica Corte Constitucional. Alega que o Brasil deveria buscar no direito comparado a solução adotada em outros Estados, que conferem, após a satisfação de exigentes requisitos, eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade pelos órgãos que possuem tal competência¹⁴⁸.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335-5/AC**. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 ago. 2006. DJ de 25.08.2006.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 158.

¹⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 124-125.

Não só a ampla legitimação, mas também “a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive de possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta”. Acrescenta, Mendes, a posição de Sepúlveda Pertence, para quem as ações diretas são essenciais para impedir o estrangulamento do judiciário e o descrédito na Justiça, pois lhe seria inviável julgar milhares de processos, posto que reduzidos a mesma questão de direito, ao passo que o controle concentrado é um instrumento eficaz de decisão rápida e uniforme¹⁴⁹.

Há que se ressaltar ainda a já mencionada ampliação do controle abstrato, cujas decisões têm eficácia geral, que passou a dominar o controle de constitucionalidade. Com o advento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF –, praticamente qualquer matéria, inclusive as decisões judiciais das instâncias ordinárias, passou a ser passível de controle constitucional, que, por se tratar de processo objetivo, também lhe é outorgada a eficácia *erga omnes*. Não há coerência, para Mendes, em se atribuir efeitos apenas *inter partes* a uma questão resolvida em sede de controle difuso, e outorgar efeitos *erga omnes* à mesma questão decidida em sede de controle concentrado¹⁵⁰.

Corroborar este entendimento o fato de o legislador ter atribuído poderes ao relator para, monocraticamente, negar seguimento de recurso extraordinário ou especial que contrarie súmula do STF ou STJ, ou dar provimento a estes recursos quando a decisão recorrida é que estiver contrariando a jurisprudência dos mencionados Tribunais Superiores. Portanto, entende o autor que não só as decisões que declaram a inconstitucionalidade incidental da lei possuem efeito *erga omnes*, mas também os casos em que a Corte fixa uma determinada interpretação constitucional, tendo o legislador legitimado a atribuição de efeitos ampliados às decisões daquele Tribunal¹⁵¹.

Mais uma vez, ousamos discordar do posicionamento do autor. O poder conferido ao relator para decidir monocraticamente segundo a jurisprudência do Tribunal Supremo não significa conferir eficácia *erga omnes* à decisão pretoriana em sede de controle difuso. Trata-

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade:** um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 159.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 161.

¹⁵¹ Ibidem. p. 161-162.

se, conforme apontado anteriormente, de simples quebra da presunção de constitucionalidade da lei, utilizado como fundamento para instituir instrumentos processuais que tornem as decisões judiciais mais céleres. Isso, de forma alguma, em que pese reconhecermos o acerto da colocação do Ministro sobre a objetivação do controle difuso e a superposição do controle abstrato, ilide a atuação constitucionalmente atribuída ao Senado.

Ainda na esteira da objetivação do controle difuso, o STF tem, em diversos julgados, atribuído efeito vinculante aos fundamentos determinantes – e não somente à parte dispositiva – das declarações de inconstitucionalidade de leis municipais. Por haverem diversas legislações municipais com idêntico teor, o Tribunal aproveita-se dos fundamentos determinantes de julgados anteriores, de outros municípios, para declarar a inconstitucionalidade da lei municipal, outorgando eficácia transcendente àqueles fundamentos, de modo a prescindir, segundo Mendes, da manifestação do Senado Federal¹⁵².

Ressaltamos, contudo, que, nesses casos, é necessária a manifestação do STF caso a caso. Desse modo, não se está conferindo efeito *erga omnes* à decisão pretoriana no controle difuso, mas apenas aproveitando-se dos fundamentos utilizados em outro julgado. É claro que, nesse caso, a atuação do Senado Federal seria inócua, pois ele teria que esperar que o Supremo declarasse a inconstitucionalidade de cada lei municipal para, só depois, suspender-lhes a eficácia uma a uma. Contudo, trata-se de situação excepcional, e a exceção não pode ilidir a regra, pelo que a atuação senatorial continua sendo importante em outros casos.

Outra questão colocada por Mendes, que surge com a evolução do direito, diz respeito ao controle de constitucionalidade nas ações coletivas – tais como a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Assevera o Ministro que, nestes casos, “somente por força de uma compreensão ampliada ou do uso de uma figura de linguagem pode-se falar em decisão com eficácia *inter partes*”. Reforça, o autor, a posição de que a função do Senado é apenas tornar pública a decisão do STF, pois, neste caso, seria inútil falar em outorga de eficácia *erga omnes* a decisão que *ipso jure* já a possui, não havendo justificativa para a comunicação ao Senado. Relembra Mendes que “há uma quase confusão entre o objeto da ação civil pública e

¹⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade:** um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 162.

o pedido de declaração de inconstitucionalidade”, descabendo-se falar em eficácia *inter partes* nesses casos¹⁵³.

Como de costume, tecemos alguns comentários à posição sustentada por Mendes. As ações coletivas realmente ultrapassam o interesse das partes, possuindo efeitos *ultra partes*, que “deve ser entendida como uma espécie de eficácia *erga omnes*, abrangendo, contudo, um agrupamento determinado, onde a coisa julgada encontra o seu limite”¹⁵⁴. Citamos um exemplo: o Ministério Público, ao propor uma ação coletiva com vistas a impedir que uma fábrica localizada nas margens de um rio continue a poluí-lo, questiona a constitucionalidade de uma lei que autoriza que aquela indústria jogue seus resíduos nas águas fluviais. Caso a lei seja declarada inconstitucional, por ser uma decisão *inter partes*, criará uma obrigação de não fazer apenas para aquela fábrica. É lógico que tal decisão afetará a coletividade de um modo geral, sobretudo as pessoas que moram naquela vizinhança (eficácia *ultra partes*). Contudo, isso não impedirá que outras fábricas da mesma localidade continuem a poluir o rio, a não ser que o *parquet* coloque todas elas no polo passivo da ação coletiva.

Não nos opomos ao fato que a Constituição de 1988 conferiu significativas alterações no controle de constitucionalidade brasileiro. O modelo concentrado sofreu enorme ampliação, deixando de ser a exceção e tornando-se a regra. Isso decorre da flexibilização do princípio da separação dos Poderes, admitindo-se, hoje, que o Judiciário profira decisões que transcendem ao processo. O sistema ainda é considerado misto, conquanto a ênfase tenha recaído sobre o controle abstrato. A criação da ADPF, no entanto, aproximou os modelos de controle, dado que atribuiu ao STF competência para julgar, com eficácia *erga omnes*, a constitucionalidade de decisões judiciais das instâncias ordinárias¹⁵⁵.

3.1 Proposta de Mutação Constitucional do art. 52, X

Por todas as razões expostas, consequências da chamada “objetivação do controle difuso”, Mendes assevera que a participação do Senado Federal e sua atribuição de suspender a eficácia da lei declarada inconstitucional pelo Supremo sofreram nova interpretação, de

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 163.

¹⁵⁴ BARROS, Felipe Luiz Machado. **Efeitos da coisa julgada nas ações coletivas**, 2000. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/816/efeitos-dacoisajulgadanasacoescoletivas#ix-zz2R8MU99Zs>. Acesso em: 20 fev. 2013.

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 163.

modo que se tornou inócuo falar em participação substancial frente à teoria da nulidade das normas inconstitucionais. Esse entendimento foi reforçado pela lei processual civil, ao permitir a decisão unilateral do relator em sede de recurso extraordinário – compatível ou incompatível com a jurisprudência do Tribunal. Assim, a despeito de uma suposta quebra da presunção de constitucionalidade da lei, para o autor, as decisões do STF, mesmo que em sede de controle incidental, são dotadas de efeito vinculante¹⁵⁶.

Afirma, ainda, que o contexto normativo atual impõe essa reinterpretação do art. 52, X, da CF/88 – que confere a competência senatorial para suspender a eficácia de lei –, porquanto este apenas tenha reproduzido disposição das Constituições pretéritas, adequada ao contexto da época. Alega Ferraz que “é comum a nova Constituição conservar muito do conteúdo da Constituição antiga, a mesma terminologia, a mesma forma, embora, em regra, o influxo inspirador seja diferente”¹⁵⁷. A principal alteração no contexto do ordenamento jurídico foi o fortalecimento do Pretório Excelso como guardião da Constituição Federal, conferindo ampla eficácia decisória¹⁵⁸.

O modelo difuso e o modelo concentrado de controle de constitucionalidade possuem as mesmas finalidades e procedimentos, o que não justificaria, para o Ministro, mais atribuir efeitos diversos às decisões proferidas por um ou por outro. Além disso, há o fato de o legislador ter atribuído efeito transcendente às sentenças em sede de controle difuso. Por isso, tem o STF, segundo Gilmar Mendes, outorgado efeitos gerais às suas decisões, ainda que proferidas incidentalmente¹⁵⁹.

Nessa linha, defende Mendes que houve “uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da CF/88”. Assim, a Constituição foi reformada, sem alterar-se expressamente a literalidade de seu texto. Conforme exposto, isso ocorreu, sobretudo, pela ênfase que foi conferida ao controle concentrado – ADI, ADC e ADPF –, pelas decisões com eficácia *erga omnes* e pela flexibilização do princípio da separação dos

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 163-164.

¹⁵⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 127.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. op. cit. p. 164.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 164.

Poderes. O motivador pragmático para essa mutação constitucional foi “a multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após a 1988”¹⁶⁰.

Clève assevera que mutação constitucional é “o evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso”. A Constituição, apesar de inegável sua força normativo e sua capacidade de produzir consequências jurídicas, é caracterizada pela abstração de seus preceitos. Isso permite que ela se adapte à evolução social, muitas vezes prescindindo de emendas que modifiquem seu texto. Diz-se, por isso, que se trata de uma ordem aberta, que vai aprendendo com a mudança da realidade. Assim, tanto a Constituição vai construindo o ambiente social, como, também, vai sendo construída por ele. “Está-se a referir à permanente tensão normatividade/realidade constitucionais”¹⁶¹.

Anna Cândida da Cunha Ferraz acentua que as mudanças nas Constituições não decorrem apenas de alterações formais de seu texto, as chamadas “reformas constitucionais”, mas há também mudanças imperceptíveis, que decorrem de alteração no ambiente político ou nos costumes. A essas mudanças imperceptíveis atribui-se o nome de “mutação constitucional”, que, a despeito de não alterarem formalmente a letra da Constituição¹⁶², alteram o seu significado, sentido e alcance, sem, no entanto, contrariar-lhe a letra ou o espírito (caso contrário, seriam mutações inconstitucionais). Essa alteração no sentido, alcance e significado da norma constitucional é fundamental para a sua efetiva aplicação, sendo ingênuo pensar que a sociedade deveria sempre existir de maneira ajustada aos dizeres constitucionais¹⁶³.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade**: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004. p. 165.

¹⁶¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 25-27.

¹⁶² O processo de reforma da Constituição, na maioria das vezes, é superficial e provoca transformações defeituosas na Carta, “produzindo inclusive contradições quanto aos princípios essenciais estabelecidos pelo Constituinte originário”, além de ser extremamente limitado e demorado. (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 8-11).

¹⁶³ Em que pese a Constituição poder ser vista como um instrumento capaz de promover mudanças na sociedade e impor aos órgãos legiferantes a realização de planos traçados pelo Poder Constituinte Originário, como a idéia de Constituição dirigente (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 11.).

À Constituição cabe, como exposto por Lilian Rosemary Weeks, “regular a vida histórica sujeita a alterações naturais da vida em sociedade” e que, por isso, “o conteúdo da Lei Maior deve ficar necessariamente sujeito a mudanças, possibilitando modificações para adequá-la”¹⁶⁴.

Tal processo pode ocorrer de várias formas (espécies), seja por interpretação legislativa, judicial, administrativa, popular, autêntica ou doutrinária, e é manifestação do chamado “poder constituinte difuso”, menciona Ferraz, citando Burdeau¹⁶⁵. O processo de mutação constitucional é extremamente relevante para mantê-la consonante com a realidade social (Constituição normativa, na classificação quanto ao critério ontológico de Karl Loewenstein¹⁶⁶), de sorte que levou Montequieu, nas palavras de Ferraz, a dizer: “de duas maneiras um Estado pode transformar-se: ou porque a Constituição se corrige ou porque ela se corrompe”¹⁶⁷.

Dentre as espécies de mutação constitucional, destacamos aquela promovida pela interpretação judicial, inerente ao tema discutido no presente trabalho. Ela pode ocorrer tanto na aplicação de uma norma constitucional ao caso concreto, quanto nos casos de verificação de compatibilidade do direito infraconstitucional com a Constituição. A interpretação constitucional tem algumas características peculiares, que a distingue das demais. Ela é: obrigatória – se o juízo for competente para decidir a controvérsia constitucional, ele é obrigado a fazê-lo; primária – seu fundamento e parâmetro de julgamento é a própria Constituição; só atua mediante provocação (*nemo iudex sine actore*) – mas há que se ressaltar que o Judiciário pode arguir a inconstitucionalidade da lei de ofício, bastando que o faça numa demanda já ajuizada (necessidade de provocação, não pode o Judiciário avocar *sponta propria* a função interpretativa constitucional); definitiva – é a última palavra em questões constitucionais, sobretudo no caso do STF; mutável – o próprio Judiciário, através de seu órgão máximo, pode rever seu entendimento sobre matéria constitucional; e vinculante – obrigatoriedade de sua decisão, que poderá ser *inter partes* ou *erga omnes*. O Judiciário é que acompanha mais de perto as mudanças sociais, e é quem o tempo todo aplica a Constituição

¹⁶⁴ WEEKS, Lilian Rosemary. **O Controle da Constitucionalidade da Norma**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 84.

¹⁶⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 6-13.

¹⁶⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 88.

¹⁶⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. op. cit. p. 133 (nota de rodapé).

ao caso concreto. Porém, só é possível haver mutação constitucional se a Constituição for “flexível no seu conteúdo e alcance, permeável a novos conteúdos e significados”.¹⁶⁸

A doutrina menciona diversas formas de mutação constitucional promovida pela interpretação judicial, da qual destacamos duas: interpretação evolutiva ou adaptadora ou adequadora, e a construção constitucional. A primeira é aquela que “procura, por intermédio da interpretação judicial, adaptar ou adequar o conteúdo, alcance, ou significado da disposição constitucional” à alteração no sentido das palavras, à evolução social, ao surgimento de situações imprevistas, etc. Interessante notar que os exemplos trazidos por Ferraz, sobretudo no que toca à Constituição estadunidense, demonstram situações em que o Judiciário interpretou a norma constitucional dando-lhe um sentido muito além daquele que poderia ser normalmente aferido pelas palavras. A autora menciona a competência do Congresso norte-americano de regular o comércio interestadual, a qual foi interpretada pela Corte daquele país de forma bastante ampliativa, de modo a abranger o comércio interestadual e intraestatal¹⁶⁹.

A construção constitucional, por sua vez, busca conclusões que não estão expressas na letra da Norma, mas no seu espírito. Busca preencher uma lacuna na Constituição, demonstrar a real intenção do Constituinte e o sentido do dispositivo constitucional. Exemplo claro de construção constitucional é a teoria dos poderes implícitos, pela qual o órgão tem os poderes necessários para cumprir a competência que lhe foi constitucionalmente delegada (adequação do meio ao fim). Incumbe ao STF, no exercício da sua função de guardar a Constituição, erigir meios para tanto, ainda que não expressos no texto constitucional. Por esse motivo, “o Judiciário passa a completar e a aperfeiçoar a aplicação da Lei Maior, numa busca incessante de acompanhar as transformações jurídicas, políticas, sociais e econômicas do Estado, sem quebra ou violação da Constituição”¹⁷⁰.

A construção constitucional vai ao encontro da tese formulada pelo Ministro Gilmar Mendes, uma vez que permitiria adaptar o art. 52, X, CF/88 ao novo patamar do controle de constitucionalidade brasileiro e à tendência de objetivação do controle difuso. Dessa forma, tal dispositivo poderia ser relativizado, tal como ocorreu com o art. 97 da Constituição, supramencionado. Até mesmo a interpretação evolutiva poderia fundamentar o

¹⁶⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 103-128.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 128-134.

¹⁷⁰ Ibidem. p. 134-145.

posicionamento do Ministro, sobretudo nos moldes em que ela tem ocorrido nos Estados Unidos da América. É certo que ela é limitada pela literalidade do dispositivo constitucional, entretanto, como foi mencionado, tal limite tem sido suplantado em nome da adequação à realidade e da evolução social. É claro que, para se admitir uma construção constitucional que alterasse o sentido do art. 52, X, tornando a atuação do Senado uma mera publicação da decisão da Suprema Corte, teríamos que concordar com a tese de Mendes sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no modelo difuso ser, desde logo, *erga omnes* e vinculante.

Entendemos, contudo, que esse raciocínio vai de encontro à lógica do controle concreto de constitucionalidade e do direito romano-germânico, em que não há a força vinculante do precedente. Assevera Tavares que no âmbito desse modelo de controle, “a decisão da Corte Suprema valerá apenas entre as partes da demanda, não irradiando seus efeitos para todos. É consequência da aplicação, em sua integralidade, das regras do sistema difuso-concreto da constitucionalidade”¹⁷¹.

Questionam Streck, Oliveira e Lima que essa proposta de mutação constitucional não apenas dá nova interpretação ao dispositivo constitucional, atribuindo-lhe nova norma, mas o reescreve. Os autores mencionam trecho do voto do Ministro Eros Grau que, ao concordar com o relator, declara que esse entendimento propugna a substituição de um texto – o Senado Federal suspenderá a lei declarada inconstitucional pelo STF – por outro – o Senado Federal dará publicidade à suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. Ressaltam os autores que o papel das Cortes Constitucionais – a despeito da discussão em torno de o STF ser ou não esse tipo de Corte –, seja no controle abstrato, seja no controle *incidente tantum*, é o de resguardar a Constituição contra “eventual violação... atual e efetiva e não uma simples projeção intelectual”. Assim, afirmam que o STF, quando julga Recurso Extraordinário, funciona como tribunal de apelação, “cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*”. Ele irá decidir um caso concreto, e não criar uma teoria ou uma tese de inconstitucionalidade da lei, mas resolver questão incidental à lide subjetiva. Admitem que, caso se entendesse ao contrário, estar-se-ia “negando jurisdição”. O

¹⁷¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 370.

STF compõe o “poder jurisdicional vinculado à Constituição” – poder constituído –, devendo se sujeitar aos exatos termos da Constituição Federal¹⁷².

Ademais, ressaltam os autores que há uma tendência, pela evolução do controle de constitucionalidade brasileiro, de se atribuir maior participação democrática aos instrumentos de controle. Verifica-se isso pela expansão dos legitimados a propor ação direta, que abrangem tanto órgãos estatais – alguns representativos da sociedade, como as Assembleias Legislativas –, como representantes da sociedade civil. Essa característica tem, inclusive, atribuído maior legitimidade ao processo de controle de constitucionalidade¹⁷³, que, além de emanar do órgão jurisdicional competente, possui a chancela do povo. O mesmo se diga quanto à atribuição do Senado Federal para suspender, por resolução, a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do STF. Caso se admita a ocorrência da mutação constitucional que torne desnecessária a participação da Câmara Alta no controle difuso, ou submeta-a a condição de mero órgão de publicidade das decisões pretorianas, estar-se-ia suprimindo importante participação social no âmbito do controle de constitucionalidade, o que vai de encontro às tendências e ideais da Constituição Cidadã. Ademais, uma vez que não se trata de controle concentrado de constitucionalidade, conferir efeitos de generalidade e vinculantes aos julgamentos incidentais de inconstitucionalidade fere garantias fundamentais, tais quais “os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório”. Asseveram os autores que tal decisão terá efeitos revocatórios, na medida em que se privam da participação do processo as pessoas que serão afetadas pela sua decisão¹⁷⁴.

É certo que foi opção do legislador estabelecer, conforme já exposto, um sistema misto de controle de constitucionalidade. O fato de ser misto, ainda que implique a interação entre os modelos existentes, segundo asseverou Barros, pressupõe a existência de dois modelos diferenciados e inconfundíveis. Por isso, advertem Streck, Oliveira e Lima que “se se entendesse que uma decisão em sede de controle difuso tem a mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, cairia por terra a própria diferença”. Defendem também,

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 2-5.

¹⁷³ Ressalte-se que a declaração de inconstitucionalidade é corolário do princípio contra majoritário, pois declara a invalidade de uma lei que fora democraticamente promulgada pelo povo, através de seus representantes eleitos.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. op. cit. 5-8.

os autores, que a competência do Senado Federal para suspender a lei inconstitucional foi definida constitucionalmente, e tal dispositivo não foi revogado. Ademais, trata-se de “todo um processo de aprendizagem social subjacente à história constitucional brasileira”, e que, caso seja extirpado, além de ferir os mencionados princípios constitucionais, estar-se-ia lesando, também, o “modelo constitucional do processo”. Ademais, conferir os mesmos efeitos do controle concentrado ao controle difuso é algo que vai frontalmente contra a Constituição Federal, uma vez que ela mesma estabeleceu tal diferença¹⁷⁵.

Outro ponto discutido é que o efeito que se quer atribuir às decisões incidentais é o mesmo de uma súmula vinculante (o efeito de vincular é o mesmo extraído do controle concentrado). Uma decisão em sede de controle incidental pode se dar por apertada maioria – v.g. por seis votos contra cinco. Seria absurdo atribuir os mesmos efeitos que teria uma súmula vinculante – o poder de vincular todos os órgãos do judiciário e da Administração Pública – a tal decisão, que nem mesmo possui o *quorum* mínimo exigido para tanto. Nesse sentido, expomos trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, que afirma que o STF tem instrumento próprio para conferir, no controle difuso, eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às suas decisões em sede de controle difuso: “se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito”¹⁷⁶. Mesmo reconhecendo a diferença entre súmulas vinculantes e declarações de inconstitucionalidade, argumentam os autores, citando Streck, que caso se confira o poder que se pretende às decisões incidentes de inconstitucionalidade pelo STF, tais súmulas perderão “sua razão de ser, porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco”. Cabe, pois, ao Pretório, se assim entender, editar uma súmula com efeitos vinculantes – ou valer-se do tradicional instrumento de remeter sua decisão ao Senado Federal – para conferir os efeitos de generalidade às suas declarações incidentais de inconstitucionalidade¹⁷⁷.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 8-10.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335-5/AC**. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 ago. 2006. DJ de 25.08.2006.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. op. cit. p. 9-10.

Poder-se-ia questionar que, se, tanto no modelo abstrato, quanto no modelo concreto, se exige que a decisão seja tomada respeitando-se a cláusula de reserva de plenário e o *quorum* de maioria absoluta, o que realmente tornaria diferentes esses dois modelos de controle de constitucionalidade. Respondem os autores que as decisões em sede de controle difuso não são autônomas, uma vez que necessitam do Senado Federal para produzirem efeitos de generalidade e vinculantes, para se fazer valer os princípios democrático e do devido processo legal. Compare-se o modelo brasileiro com aquele adotado em países que adotam o sistema *commom law*. Nesses países, uma decisão de inconstitucionalidade em um caso concreto é considerada como um precedente – e deve ser respeitada em julgamento futuros – em relação apenas a situações concretas cujo objeto seja idêntico ou semelhante. Isso não quer dizer que a lei declarada inconstitucional naquela situação o será em todas as situações, mas apenas em situações semelhantes. Portanto, a lei não seria extirpada do mundo jurídico, seria apenas considerada inconstitucional em casos convergentes com o precedente judicial. “Caso contrário, adotaríamos a tese da aplicação mecânica dos precedentes, típica do positivismo exegético, enfim, do convencionalismo estrito”¹⁷⁸.

Ademais, ao se admitir que as decisões da Corte Máxima que declarem a inconstitucionalidade de uma lei possuem efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, devem-se admitir os mesmos efeitos às decisões que afirmem a constitucionalidade de uma lei, o que geraria derradeira instabilidade jurídica, pois impediria que o STF pudesse mudar seu posicionamento a respeito da constitucionalidade daquela lei. Afirmam os autores que, para se garantir a integridade da Constituição Federal e do direito, “a norma constitucional que estabelece a remessa ao Senado (art. 52, X) não poderia ser ‘suspensa’ em nome de argumentos políticos ou pragmáticos”. Argumentam que “a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação”, porém incorreta, ou seja, deixar de aplicar o art. 52, X, da CF/88 é uma forma de aplicá-lo de maneira errada, que além de gerar um precedente, é uma forma de ferir a integridade da própria Constituição. Dizer, por exemplo, que a declaração de inconstitucionalidade pelo Pleno do STF torna dispensável a cláusula da Reserva de Plenário não torna inválida a

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 11-12.

atuação da Câmara Alta, pois, “no caso, não se extrapola o limite de poder concedido pela Constituição. Não se invade esfera outra de poder”¹⁷⁹.

3.2 Nova Proposta de Construção Constitucional para limitar os poderes do STF

Concordamos com os autores, acima elencados, que defendem ser inconstitucional a proposta de mutação intentada pelo Ministro Gilmar Mendes. Além dos argumentos por eles levantados, e da “inevitável usurpação da competência do Senado Federal, prevista no art. 52, X da CF/88, por parte do Supremo Tribunal Federal”¹⁸⁰, acrescentamos a necessidade de se impor um freio ao crescente poder que se tem atribuído ao Judiciário, seja através de leis, seja através da própria jurisprudência da Corte.

A Constituição Federal de 1988, e suas alterações posteriores, tem promovido o que Manoel Gonçalves Ferreira Filho denomina de “justicialização da política e politização da justiça”¹⁸¹, no intuito de atribuir aos Juízes, “elite instruída e não corrompida, portanto, confiável”¹⁸², competência para interferir em questões políticas (como o controle das eleições, intervenção quando desrespeitado o princípio da separação dos poderes, intervenção nas políticas públicas a cargo dos outros poderes por meio do ativismo judicial, etc.) e, em contrapartida, tem tornado o Judiciário um órgão cada vez mais político (influenciado pela vontade popular, co-responsável pelos fracassos do governo, etc.). É certo que, a despeito das fortes críticas sofridas pela jurisprudência, essas medidas ampliaram em muito o poder do Judiciário, tornando-o, na feliz expressão de Lenio Luiz Streck, um “super-poder”¹⁸³.

Jonatas Lima afirma que, se se aceitasse a abstração (ou abstrativização) do controle difuso de constitucionalidade brasileira, teríamos como consequência negativa “a hipertrofia do poder judiciário diante dos outros poderes da República, tendo em vista que praticamente o STF teria o poder de retirar do ordenamento jurídico uma proposição legislativa que foi

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 11-16.

¹⁸⁰ LIMA, Jonatas Vieira de. **A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**, 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista-texto/9485>. Acesso em: 20 mar. 2013.

¹⁸¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 189-217.

¹⁸² Ibidem. p. 213.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

transformada em lei, seguindo o devido processo legislativo constitucional, pela apreciação de qualquer processo subjetivo, por inconstitucionalidade na via incidental”¹⁸⁴.

Ademais, não existe poder jurídico que controle a atuação do Judiciário, se não o exercido por ele próprio. Na medida em que cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir em última instância as controvérsias constitucionais, “facilmente pode ele desbordar para o chamado Governo de Juízes, perigo inerente, a todo Estado de Direito”¹⁸⁵. Assim, não se pode deixar que a supremacia da decisão judicial seja usada como instrumento para se estabelecer uma Ditadura do Judiciário, o que feriria amplamente o princípio democrático e o da separação dos poderes. O Poder Judiciário só deve atuar quando os demais Poderes abusam do seu direito de interpretar a Constituição, para corrigir violações à Carta, não devendo aquele Poder se impor sobre estes¹⁸⁶.

Poder-se-ia argumentar, conforme Ferreira Filho, citado por Ferraz, que esse problema é mais teórico do que real, dado que os juízes – que estão acostumados com certos “hábitos de moderação” e “disciplina intelectual” – não almejam “a direção política do país”. Discordamos dessa posição, pois entendemos que este o Governo de Juízes é um problema real, que tem, pouco a pouco, se instalado no Brasil, sobretudo em decorrência de posicionamentos como o do Ministro Gilmar Mendes – jurista notoriamente favorável ao empoderamento do Judiciário. Mas não se trata de problema exclusivamente brasileiro. Cite-se a afirmação do Presidente da Suprema Corte estadunidense, Charles Evans Hughes, trazida por Ferraz, que deixa claro a sua intenção de instalar um Governo de Juízes naquele país: “vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os Juízes dizem que ela é”¹⁸⁷.

Entendemos ser bastante temerária a atribuição de tamanho poder ao Judiciário. Não pode, este Poder, valer-se do instituto da mutação constitucional para legislar, usurpando, assim, a competência do Legislativo. Na dicção de Streck, Lima e Oliveira, a “mutação

¹⁸⁴ LIMA, Jonatas Vieira de. **A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista-texto/9485>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

¹⁸⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 111.

¹⁸⁶ Ibidem. p. 118-119.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 135.

constitucional pode significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário”¹⁸⁸.

Todo o discurso sobre a objetivação do controle difuso tem demonstrado o gigantismo do atual Judiciário brasileiro. Este não se limita mais a resolver litígios concretos, trazer a paz para o seio da sociedade ou coibir abusos dos órgãos estatais. Tem, na verdade, sobretudo pela atuação do Supremo Tribunal Federal, exercido amplos poderes normativos, seja positivos – quando ele determina a interpretação constitucional a ser seguida, ou no caso das súmulas vinculantes –, seja negativo – quando declara a inconstitucionalidade de uma norma.

No anseio, ao menos teórico, de limitar o desenfreado crescimento do Poder Judiciário, impedindo que ele se torne um Poder maior que os outros, que transcenda o sistema de freios e contrapesos e fira o princípio da separação dos poderes, entendemos ser imperioso conferir efeito substancial à resolução senatorial no âmbito do controle difuso. Assim, descartamos qualquer menção no sentido de que a própria decisão da Suprema Corte no controle difuso possui, *ipso jure*, eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, e que a resolução do Senado visa apenas dar eficácia a esta decisão.

Desse modo, aceitamos que a resolução prevista no inciso X do art. 52 da Constituição Federal possui o escopo de atribuir a almejada eficácia *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade da lei pela Corte, cabendo ao Senado decidir, discricionariamente – uma vez que se trata de uma decisão política, impossível de ser compelida por outro Poder, em razão do princípio da separação dos poderes –, pela generalidade.

Nesse mesmo sentido, ainda no desiderato de enaltecer a função da Casa Alta, entendemos, conforme foi exposto, que o Senado poderá suspender a execução de apenas parte da lei, não se obrigando a decidir nos exatos termos da declaração de inconstitucionalidade. Isso porque se trata de uma decisão política, que só incumbe ao referido órgão legislativo exercê-la. Sua competência foi dessa forma definida na Constituição Federal, não havendo justificativa plausível para limitá-la; ao contrário, deve-se exaltá-la, pois

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional.** Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012. p. 19.

a medida que se aumenta o poder do Senado Federal no âmbito do controle de constitucionalidade, limita-se o poder do Judiciário.

Não olvidamos que não foi esse o posicionamento adotado pela Corte, mas ressalte-se que sua decisão se deu em sede de controle difuso, quando do julgamento de um Mandado de Segurança. Portanto, mesmo que seja um precedente jurisprudencial, não é vinculante, podendo ser revista a decisão pelo STF. Ademais, o Supremo, na época, argumentou que a suspensão de apenas parte da lei pelo Senado poderia desvirtuar o seu sentido, contrariando a decisão pretoriana. Entendemos que casos como esses compõem a exceção, e que, portanto, não maculam a regra.

Contudo, isso nos remete à tradicional discussão sobre os efeitos temporais da resolução senatorial. Com base no que fora apresentado, propomos uma solução diferenciada para este embate doutrinário, na qual buscamos respeitar a teoria dos planos da existência, validade e eficácia e seus efeitos temporais, o que influencia diretamente na discussão em torno do art. 52, X, CF/88. Entendemos que tudo depende do sentido que se dê ao termo “suspender a execução de lei”, o que pode gerar dois posicionamentos:

O primeiro seria atribuir à palavra “execução” o sentido de “eficácia” da lei. Nesse caso, necessariamente estaremos falando do plano da eficácia, logo, a resolução da Câmara Alta deverá produzir efeito *ex nunc* (a lei é válida – só tendo sido declarada inválida para as partes litigantes perante o STF –, então deve produzir seus efeitos até ter sua eficácia suspensa). Nesse caso, o Judiciário só poderá aplicar a lei a fatos pretéritos, uma vez que dela originaram-se direitos, que não podem ser furtados da apreciação judicial. Seriam efeitos bastante próximos da revogação¹⁸⁹, com a diferença que a lei continuará existindo, só que sem produzir efeitos.

Ademais, como a lei estaria apenas suspensa, nada impediria que o Senado Federal lhe restaurasse a eficácia, bastando que se revogasse a resolução suspensiva. Entendemos que esta é a *mens legis* da Constituição, o que se pretendeu quando da criação do instituto. Corroborando esse entendimento, alguns autores mencionam que a decisão do Senado Federal

¹⁸⁹ André Ramos Tavares afirma que “a resolução senatorial, pois, fica a meio caminho da revogação da lei, embora preste-se, até que esta lhe sobrevenha, aos mesmos fins” (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 373).

é política, e não jurídica, não sendo possível, portanto, atribuir efeitos retroativos a sua decisão¹⁹⁰.

Numa segunda perspectiva poderia se atribuir à palavra “execução” o sentido de “validade” da lei. Desse modo, estaremos necessariamente falando do plano da validade, de modo que a resolução senatorial deverá produzir efeito *ex tunc* (se a lei é inválida, ela é nula, irrita, nunca produziu efeitos). Seriam efeitos bastante próximos aos da própria declaração de inconstitucionalidade da lei; na verdade, seria a extensão dos efeitos – nos mesmos moldes – da decisão do STF a toda a sociedade e ao Poder Público (efeito *erga omnes*, vinculante e retroativo).

Entendemos ser este o melhor entendimento do ponto de vista pragmático e social para o atual contexto brasileiro. Atribuir efeito *ex tunc* à resolução do Senado evitará que haja uma enxurrada de ações judiciais perante o STF que versem sobre o mesmo caso, afinal, a decisão da Corte em um único caso será estendida a todos os casos em que se discute a mesma lei, com os mesmos efeitos retroativos, vinculando os tribunais ordinários.

Com relação ao fato de o ato do Senado ser político e não poder retroagir, podemos argumentar que ele nada faz além de estender os efeitos da decisão pretoriana, esta sim retroativa. Além disso, esse entendimento é mais consentâneo com a teoria da nulidade das leis inconstitucionais, pois da norma inconstitucional, nula e inválida, não se originam quaisquer direitos. Ademais, há doutrinadores, conforme narrado, que admitem a eficácia *ex tunc* à resolução senatorial que suspende a lei.

Consideramos, também, que este entendimento está mais de acordo com o atual estágio da doutrina constitucional sobre o controle de constitucionalidade brasileiro. Isso porque a decisão do Supremo que, tanto no controle difuso, como no concentrado, declara a norma inconstitucional, deve extirpá-la do ordenamento jurídico. No controle abstrato a

¹⁹⁰ Lembra Barroso que a revogação, que decorre do juízo de conveniência e oportunidade do Congresso Nacional, “é nova manifestação de vontade do próprio órgão que a [lei] havia editado, e seus efeitos somente se produzem para o futuro, *ex nunc*. A declaração de inconstitucionalidade, ao revés, é competência judicial, e, de ordinário, seus efeitos serão retroativos” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37). Se a revogação, por ser ato político, somente opera efeitos prospectivos, a mesma lógica deveria ser seguida quanto à suspensão da lei, nos termos do art. 52, X, CF/88. Ocorre que o autor, na mesma obra (p. 152), declara, *contrario sensu*, que a melhor lógica de argumentação jurídica é aquela que atribui efeitos *ex tunc* à suspensão da lei pelo Senado.

própria decisão do STF já tem esse poder, pois a lei é discutida em tese, há um procedimento especial mais rigoroso para a declaração abstrata de inconstitucionalidade, há uma maior participação de órgãos jurídicos e sociais (Advocacia-Geral da União, Procuradoria Geral da República, a figura do *amicus curiae*, etc.) a própria Constituição lhe outorgou esse poder, entre outras razões. Porém, como a decisão no controle difuso só opera efeito *inter partes*, o modo de ampliar esses efeitos *erga omnes* é através da resolução do Senado Federal.

Conforme afirmado, essa não seria a *mens legis* do art. 52, X. Ademais, poder-se-ia questionar que o mencionado dispositivo constitucional limita essa interpretação, na medida em que utiliza o termo “suspender”, típico do plano da eficácia e inadequado para se referir à validade. Propomos, então, a utilização do mesmo instrumento jurídico utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes, só que em sentido inverso. Valendo-se de uma *constitutional construction*, buscamos não o enfraquecimento do Legislativo ou a flexibilização de sua função constitucional, muito menos o empoderamento do Poder Judiciário, mas, ao revés, entendemos necessário o enaltecimento do órgão Legislativo, atribuindo-lhe amplos poderes para sua atuação no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. A construção constitucional, como forma de mutação constitucional, foi diversas vezes utilizada pela Suprema Corte americana para abrigar “novas doutrinas, novos princípios, permitindo verdadeiras revisões do seu texto sem qualquer alteração da forma constitucional”¹⁹¹.

Em que pese nossas considerações, sobretudo quanto à necessidade de fazer valer o princípio da separação dos poderes e impedir que o Poder Judiciário subjugue os demais Poderes, a inclinação da atual Corte Máxima nos leva a crer que não será esse o posicionamento a ser adotado. Mesmo no voto contrário ao do Relator, que desconhece o efeito *erga omnes* ao controle difuso, o Ministro Joaquim Barbosa reconheceu a imprudência do juízo *a quo* de proferir decisão contrária ao entendimento do STF – que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da lei que proíbe de progressão de regime nos casos de crimes hediondos. Portanto, entendemos ser bastante tendenciosa a posição da Suprema Corte para, cada vez mais, aumentar seu próprio poder, seja através de construções jurisprudências, seja através de projetos de lei que assim disponham.

¹⁹¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 135.

Conclusão

A competência constitucionalmente atribuída ao Senado Federal de suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal é uma das medidas constitucionais do sistema de freios e contrapesos, corolário da atual concepção da teoria da separação dos poderes. A Constituição Federal de 1934 atribuiu essa competência ao órgão legislativo para conferir efeito *erga omnes* à decisão pretoriana, tendo, o Constituinte originário, repetido tal dispositivo em quase todas as constituições subsequentes, mesmo após a criação do controle abstrato.

Há autores, no entanto, que se levantaram contra a atribuição senatorial, alegando que não há mais razão para ela existir, uma vez que a criação da ação direta de inconstitucionalidade na Constituição de 1946 – através da EC 16/65 – atribuiu, desde logo, eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade.

Questionados sobre a dicotomia controle concentrado e controle difuso, e sobre o fato de que apenas àquele foram atribuídos efeitos generalizante e vinculante pela Constituição, alegam que a disparidade entre os dois modelos tem se tornado cada vez menor. O modelo abstrato se expandiu muito desde a Constituição de 1988, e o fenômeno da objetivação do controle difuso tem aproximado os dois modelos de controle.

Essa evolução do direito constitucional brasileiro tem tornado o Supremo Tribunal cada vez mais uma verdadeira Corte Constitucional, e reprimindo sua atuação como Tribunal de Apelação. Tem-se observado um engrandecimento do Pretório, que já não se limita a decidir as lides subjetivas ou a declarar, em tese, a inconstitucionalidade das leis.

Hodiernamente, temos uma Corte cada vez mais politizada, que decide as questões da vida em sociedade, interfere nas políticas públicas e cria instrumentos jurídicos através de sua jurisprudência, sobretudo para aumentar ainda mais o seu poder. Exemplo disso é a flexibilização da cláusula de reserva de plenário, que nada mais é do que um *constructo* jurisprudencial.

Para alcançar seu desiderato de se tornar um “super-poder”, o STF tem se valido de sua atribuição constitucional de intérprete da Constituição e do instituto da mutação constitucional. Este fenômeno jurídico, posto que não ocorra exclusivamente no Judiciário, decorre do evoluir social e da interpretação que se dá à Constituição no contexto em que ela está inserida. Contudo, a mutação constitucional encontra limites na própria Constituição. Por ela, só se pode alterar o alcance, o sentido, ou significado, sem jamais poder subverter ou contrariar o texto constitucional.

É exatamente isso que esses autores estão propondo: uma mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, retirando qualquer efeito substancial do dispositivo e dando-lhe caráter de mera publicidade das decisões do STF. Ocorre que essa proposta de mutação não respeita o limite constitucional supracitado. Ela deturpa o dispositivo constitucional, trocando um texto – “o senado suspenderá a execução das leis” – por outro – “o senado dará publicidade às declarações de inconstitucionalidade do STF no controle difuso”.

Não apenas isso. A mutação proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto na Reclamação 4.335-5/AC, vai de encontro, também, a diversos princípios constitucionais e a própria harmonia da Carta Magna. Ela distorce a sistemática do controle de constitucionalidade formulado pelo Constituinte originário, fere os princípios do devido processo legal, da coisa julgada, do contraditório e da ampla defesa e fragiliza o *check and balances* – uma vez que suprime um de seus instrumentos, consubstanciado na atuação do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário.

Macula também o princípio democrático. Não foi por outro motivo que se escolheu o Senado Federal para exercer tal competência, se não o fato de este órgão ter a função de moderador dos poderes estatais e ser representante de entes autônomos que compõem a Federação. Ademais, o Senado possui ampla legitimidade democrática, seus membros são eleitos pelo princípio majoritário, pelo que exige uma margem muito maior de votos. Destarte, conferir a interpretação desejada pelo Ministro Gilmar Mendes ao art. 52, X é limitar a participação da sociedade no controle de constitucionalidade das leis brasileiras.

Sendo inegável a importância da participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade, e considerando-se inconstitucional qualquer medida que vise restringi-la, resta saber quais os efeitos e os limites constitucionais dessa atuação.

A doutrina sempre divergiu sobre este assunto, seja quanto aos limites, seja quanto aos efeitos da resolução senatorial. Sobre os limites, entendemos que o Senado poderá, de acordo com a sua discricionariedade, suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. Tratando-se de uma decisão política, não há nada que obrigue a Câmara Alta a fazê-lo, nem prazos, nem sanções. Essa discricionariedade é decorrência lógica dos motivos que levaram o Constituinte a atribuir tal competência ao Senado Federal.

Em sendo discricionária, entendemos também que o Senado não estará obrigado a suspender a lei nos mesmo termos da decisão do STF. É lógico que sua atuação deve respeitar os limites constitucionais, ou seja, só pode suspender a execução de parte da lei que tenha sido declarada inconstitucional; contudo, não será obrigado a suspender toda a lei – ou toda a parte da lei – declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo no controle difuso.

Sobre os efeitos da resolução do Senado Federal, em que pese as opiniões divergentes sobre o tema, podemos segregar em efeitos subjetivos e efeitos objetivo-temporais. Quanto ao primeiro, entendemos que a resolução tem sim conteúdo substancial, capaz de conferir eficácia *erga omnes* à decisão do Pretório em sede de controle difuso. Refutamos, pelos motivos expostos, a ideia de que o Senado apenas publica as decisões do órgão do Judiciário.

Os efeitos objetivo-temporais geram um debate doutrinário ainda mais intenso, não havendo apenas duas, mas diversas opiniões doutrinárias a esse respeito. Apesar do embate, entendemos que apenas duas concepções são possíveis: uma que é ínsita ao texto constitucional e outra que deve ser almejada.

Pela primeira, concebemos que a suspensão da execução da lei pelo Senado atinge a norma no plano da eficácia. Dessa forma, a suspensão opera efeito *ex nunc*, tal como se a norma tivesse sido revogada. Essa concepção é condizente com a ideia de que a atuação da Casa Legislativa é política, não atingindo a validade da norma. Tal concepção nos permitiria, ainda, especular sobre a possibilidade de o Senado revogar a resolução suspensiva da eficácia, gerando uma espécie de “represtinação” da lei, uma vez que a norma continuaria sendo considerada válida e existente no ordenamento jurídico, ficando apenas com sua eficácia sobrestada.

A concepção que julgamos ser necessária é a de que a resolução do art. 52, X, afetaria a lei no plano da validade. Esse entendimento necessariamente confere efeito *ex tunc* à

suspensão da lei. Como se trata de um ato político, e não jurídico, concebemos que tal efeito teria como fundamento e fonte a própria declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte, que teria seus efeitos subjetivos ampliados pela resolução senatorial.

O motivo pelo qual entendemos que essa é a concepção necessária para o atual contexto social e constitucional brasileiro é o mencionado alargamento do poder do Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal. Tanto as leis, como a própria jurisprudência do Tribunal, têm ampliado as atribuições do Pretório, dando-lhe mais instrumentos para declarar a inconstitucionalidade das leis e para interferir na sociedade, e conferindo efeitos cada vez mais relevantes a esses instrumentos. Exemplo disso é a ampliação e aperfeiçoamento do modelo abstrato de controle e a supracitada objetivação do controle difuso.

Por essa razão, entendemos ser imperioso que se atribua efeitos mais significativos à resolução senatorial, de modo a conferir uma maior participação do Legislativo no controle de constitucionalidade, como corolário do sistema de freios e contrapesos dos Poderes da República. Caso contrário, corre-se o risco de o Judiciário se sobrepujar sobre os demais Poderes, instalando-se um “Governo de Juízes”. Não olvidamos, contudo, que a decisão sobre o assunto encontra-se justamente na mão do STF, e que ele é tendencioso e ávido por poder.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a função do Senado Federal de suspender execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n. 174, p. 15-24, abr./jun. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROS, Felipe Luiz Machado. **Efeitos da coisa julgada nas ações coletivas**, 2000. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/816/efeitos-dacoisajulgadanasacoescoletivas#ix-zz2R8MU99Zs>. Acesso em: 20 fev. 2013.

BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/funcao-do-senado-no-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 22 set. 2012.

_____. **O Senado e o controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/o-senado-e-o-controle-de-constitucionalidade.cont>. Acesso em: 20 out. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise e crítica da jurisprudência**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 21 out. 2012

_____. **Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o46.htm. Acesso em: 21 out. 2012.

_____. Congresso. Senado Federal. **Resolução**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>. Acesso em: 10 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC 12**. Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12&processo=12>. Acesso em: 2 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.369**. Relator Min. Carlos Velloso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3369&-processo=3369>. Acesso em: 2 abr. 2013

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.565**. Relator Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4565&-processo=5465>. Acesso em: 2 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335-5/AC**. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 21 ago. 2006. DJ de 25.08.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335-5/AC**. Voto do Ministro Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 21 ago. 2006. DJ de 25.08.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 4.335-5/AC**. Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 21 ago. 2006. DJ de 25.08.2006.

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Da Retroatividade da Lei**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Comentários à súmula vinculante do direito brasileiro**. Disponível em: <http://leggedistabilità2013.diritto.it/docs/29567-coment-rios-s-mula-vinculante-do>. Acesso em: 10 mar. 2013.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio; PELÁ, Carlos. **A Validade e a Eficácia das Normas Jurídicas**. São Paulo: Manole, 2005.

LIMA, Jonatas Vieira de. **A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista-texto/9485>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

MARTINS, José Renato. **O Controle de Constitucionalidade das Leis no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da validade**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Teoria do Fato Jurídico: plano da Eficácia, 1ª Parte**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas**. 2 ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

_____. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PÊSSOA, Marcelo. **A problemática do desuso da lei**. Disponível em: <http://www.mt.trfl.gov.br/judice/jud7/discurso.htm>. Acesso em: 5 jan. 2013

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada**. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. **O Supremo Tribunal Federal tem natureza de corte constitucional?**, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10818&revista_caderno=9>. Acesso em: 20 mar. 2013

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso:** mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em: 20 de out. de 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

WEEKS, Lilian Rosemary. **O Controle da Constitucionalidade da Norma.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.